

Die Verpflichtung des Mannes aus Haushaltsgeschäften der Frau trotz fehlender Schlüsselgewalt

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann Wolfgang Goethe-Universität

Frankfurt am Main

vorgelegt von

Rüdiger Volhard

Rechtsanwalt aus Frankfurt am Main

1964

1963

Die Verpflichtung des Mannes aus Haushaltsgeschäften der Frau trotz fehlender Schlüsselgewalt

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der

Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

vorgelegt von

Rüdiger Volhard

Rechtsanwalt aus Frankfurt am Main



1964

1. Gutachter: Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. W. Müller-Freienfels
2. Gutachter: Prof. Dr. G. Schiedermair

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Juli 1963

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	7
A. Die Schlüsselgewalt	9
1. Die Schlüsselgewalt nach § 1357 a.F. BGB	9
a) Innenverhältnis: Auftrag	
b) Außenverhältnis: Vertretung	
2. Die Schlüsselgewalt im österreichischen Recht	10
keine gesetzliche Regelung —	
vermutetes Mandat	
3. Die Schlüssesgewalt im französischen Recht	11
„mandat tacite“ bis 1942 —	
Art. 220 c.civ.	
4. Die Schlüsselgewalt im schweizerischen Recht	12
Art. 163 ZGB — gesetzliche Vertretung der ehelichen	
Gemeinschaft — eigenes Recht der Ehefrau	
5. Die Schlüsselgewalt nach § 1357 n.F. BGB	13
eigenes Recht der Ehefrau —	
a) Innenverhältnis: ähnlich der Gesellschaft	
b) Außenverhältnis: Vertretung kraft Gesetzes	
B. Die Voraussetzungen der Schlüsselgewalt	16
I. Ehe	16
II. Häusliche Gemeinschaft	16
1. Anknüpfung an § 1356 BGB-„Leitung	
des gemeinschaftlichen Haushalts“ —	
a) Motive — Regelung in der Schweiz, in Österreich	
und Frankreich	16
b) das Merkmal „häuslicher Wirkungskreis“	
bestimmt den sachlichen Umfang der Schlüsselgewalt	18
2. Wann ist die häusliche Gemeinschaft aufgehoben	
(Trennung)?	20
a) objektive Abgrenzungen: räumlich — zeitlich	20
b) subjektive Abgrenzungen: freiwillig — einver-	
ständlich — Trennungswille	21

C. Folgen des Mangels von Voraussetzungen der Schlüsselgewalt	24
I. Das Fehlen einer wirksamen Ehe	24
1. Nichtehe	
2. nichtige Ehe	
3. Aufhebung oder Scheidung	
4. Auflösung der Ehe durch Tod	
II. Das Fehlen der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten	24
1. Wegfall der Schlüsselgewalt	24
2. Ruhen der Schlüsselgewalt	25
3. Differenzierungen	
a) danach, ob der Mann die Frau verläßt oder umgekehrt	26
b) danach, ob der Unterhaltsgläubiger den -schuldner verläßt oder umgekehrt	27
c) danach, ob die Trennung berechtigt oder unberechtigt herbeigeführt wurde	27
D. Zulässigkeit des Gutglaubensschutzes	31
I. Das Bedürfnis	
1. Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, abhängig von der Unterhaltsregelung	31
2. Der Bereicherungsanspruch	34
II. Die ratio des § 1357 BGB	35
1. Verbietet § 1357 II BGB einen Gutglaubensschutz in anderen Fällen? Erkundigungspflicht Dritter	35
2. Die Interessenlage	36
3. Stärkung der Stellung der Frau im Haushalt Sicherheit des Geschäftsverkehrs — Vorrang der Interessen der Haushaltsgläubiger — Schweiz, Österreich und Frankreich	37
E. Voraussetzungen und Umfang des Gutglaubensschutzes	43
I. Der Gutglaubensschutz bei fehlender Ehe	43
1. Die Nichtehe	43
a) Innenverhältnis: keine Schlüsselgewalt-Auftrag — Geschäftsführung ohne Auftrag	43
b) Außenverhältnis: keine Schlüsselgewalt — §§ 171, 173 BGB — Behandlung der „union libre“ im französischen Recht	44
2. Die für nichtig erklärte Ehe	49
a) Innenverhältnis: Schlüsselgewalt — § 26 EheG — Wahlrecht des gutgläubigen Mannes nach § 26 II EheG	50
b) Außenverhältnis: Gutglaubensschutz nach § 27 EheG	51

3. Die Aufhebung der Ehe und die Auflösung der Ehe durch Scheidung	52
a) Innenverhältnis: wie bei der nichtigen Ehe	52
b) Außenverhältnis: Gutgläubensschutz entsprechend §§ 171, 173 BGB	52
4. Die Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes	53
a) Innenverhältnis: §§ 729, 1359 BGB	53
b) Außenverhältnis: wie bei der Scheidung	54
II. Der Gutgläubensschutz bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten	55
1. Innenverhältnis: §§ 729, 1359 BGB — Gutgläubensschutz bei Ruhen der elterlichen Gewalt	55
2. Außenverhältnis: §§ 171, 173 BGB — Erkundigungspflicht Dritter — Behandlung der „séparation de fait“ im französischen Recht	56
F. Die Zerstörung des guten Glaubens	61
I. Das Innenverhältnis	61
1. Nichtehe, nichtige Ehe, Aufhebung und Scheidung der Ehe	61
2. Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes	62
3. Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten	62
II. Das Außenverhältnis	62
1. Nichtehe, nichtige Ehe, Aufhebung und Scheidung der Ehe	62
2. Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes	63
3. Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten	63
Literaturverzeichnis	67

Einleitung

Die Fragen, mit denen sich die vorliegende Untersuchung beschäftigt, sind nicht neu. Daß eine Frau Rechtsgeschäfte abschließt, deren Verbindlichkeit für den Mann zweifelhaft ist, weil sie entweder über den Rahmen der Schlüsselgewalt hinausgehen oder weil sie vorgenommen wurden, obwohl der Frau die Schlüsselgewalt nicht zusteht, kommt häufig vor. Die Gerichte haben sich daher auch schon alsbald nach Inkrafttreten des BGB mit solchen Fällen befassen müssen.

Sowohl in der Rechtsprechung, als auch in der Literatur hat sich dabei rasch die Überzeugung gefestigt, daß für den sachlichen Umfang der Schlüsselgewalt jedenfalls im Verhältnis zu den Haushaltsgläubigern nur maßgebend sein kann, was diesen erkennbar ist, nämlich der äußere Lebenszuschnitt der Ehegatten. Dagegen ließ sich keine Einigkeit in der Frage erzielen, ob die Interessen der Haushaltsgläubiger auch insoweit zu schützen seien, als es um Entstehen und Fortbestand, also die zeitliche Geltung der Schlüsselgewalt geht.

Das Gleichberechtigungsgesetz hat auch den § 1357 BGB der veränderten Auffassung von der Stellung der Frau angepaßt, an ihrer alleinigen Schlüsselgewalt aber — trotz gegenteiliger Anregungen in der Rechtsprechung und Literatur der Zeit nach dem 31. März 1953 — nichts geändert. Es erscheint daher gerechtfertigt, den großenteils noch heute umstrittenen Fragen, die sich an den Abschluß von Haushaltsgeschäften trotz fehlender Schlüsselgewalt knüpfen, erneute Aufmerksamkeit zu widmen.

Das Gewicht wird hierbei auf die Erfassung der Interessenlage gelegt werden müssen. Darum erschien auch ein Blick auf benachbarte Rechtsordnungen, darunter vor allem das französische Recht, geboten. Das unserer Schlüsselgewalt entsprechende „Mandat domestique“ ist dort erst 1942 gesetzlich anerkannt worden. Bis zu diesem Zeitpunkt mußten die Interessen einerseits der Ehefrau, andererseits der Haushaltsgläubiger von den Gerichten auf andere Weise geschützt werden. Diesen Versuchen läßt sich mancher Hinweis auf typische Interessenbewertungen entnehmen; denn daß der Ehemann bezahlen muß, was die Frau, die den Haushalt führt, hierfür einkauft und bestellt, wird — bei allen Unterschieden in der Konstruktion — offenbar als selbstverständlich empfunden.

Demgegenüber erwiesen sich die Motive des Gesetzgebers des BGB, wenn sie auch häufig im vorliegenden Zusammenhang für die eine oder andere Auffassung herangezogen werden, als weniger ergiebig. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, daß die Schlüsselgewalt sich historisch aus der Verpflichtung des Mannes, die Lasten der Ehe zu tragen, entwickelt hat. Diese Basis kann die Schlüsselgewalt heute nicht mehr tragen, da

aus der früheren regelmäßigen Unterhaltspflicht allein des Mannes heute die gemeinsame und wechselseitige Pflicht der Ehegatten geworden ist, zum Unterhalt der Familie beizutragen. Darzulegen, daß und warum die Schlüsselgewalt jedenfalls im Außenverhältnis von der unterhaltsrechtlichen Situation der Eheleute nicht abhängt, erwies sich als notwendig. Erst auf Grund dieser Feststellung bereitet es keine Schwierigkeiten mehr zu begründen, weshalb die Verpflichtung des Mannes aus Haushaltsgeschäften der Frau trotz fehlender Schlüsselgewalt weitergehend bejaht werden muß, als dies meist geschieht.

A. Die Schlüsselgewalt

1. Die Schlüsselgewalt nach § 1357 a.F.BGB

Nach § 1357 I a.F.BGB war die Ehefrau berechtigt, die innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises liegenden Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn insoweit zu vertreten. Rechtsgeschäfte innerhalb dieses Wirkungskreises galten als im Namen des Mannes abgeschlossen, wenn sich nicht aus den Umständen ein anderes ergab.

Die Schlüsselgewalt enthielt hiernach zweierlei: Im Innenverhältnis der Ehegatten ein Geschäftsführungsrecht der Frau, nämlich das Recht, bestimmte „Geschäfte des Mannes“ „für ihn“ zu besorgen; im Außenverhältnis zu Dritten, mit denen die Frau im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises Geschäfte tätigte, eine gesetzliche Vertretungsmacht.

§ 1357 a.F. BGB ergänzte damit den § 1356 a.F. BGB. Wie dieser die Frau berechtigte und verpflichtete, die zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens erforderlichen tatsächlichen Handlungen vorzunehmen, so befugte § 1357 a.F. BGB die Frau zur Vornahme von Rechtsgeschäften, die im Rahmen der Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens erforderlich wurden.

a) Das Innenverhältnis:

Im Innenverhältnis war die Ehefrau, die nach dem Wortlaut des Gesetzes Geschäfte des Mannes für diesen besorgte, dessen Beauftragte¹⁾. Auf die Rechtsbeziehungen der Ehegatten untereinander fand daher Auftragsrecht Anwendung, allerdings mit den Einschränkungen, die sich daraus ergaben, daß es sich bei der Schlüsselgewalt um ein der Frau gesetzlich verliehenes Geschäftsführungsrecht handelte.

b) Das Außenverhältnis:

Im Außenverhältnis war die Frau Vertreterin des Mannes²⁾. Auch das war im Gesetz („ihn zu vertreten“) ausgesprochen. Im Verhältnis zu Dritten fand daher Vertretungsrecht Anwendung, wobei durch § 1357 Abs. 1 Satz 2 a.F. BGB die Regel des § 164 BGB, wonach Handeln im eigenen Namen vermutet wird, umgekehrt war: Bei Geschäften im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises der Frau wurde vermutet, daß die Frau im Namen des Mannes handeln wollte. Außerdem war wieder zu beachten, daß es

1) Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 172, herrschende Ansicht. Abweichend im Hinblick auf die familienrechtlichen Besonderheiten des Verhältnisses von Mann und Frau: Strube S. 171; Nolde S. 15 f.

2) Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 172, allgemeine Ansicht.

sich um eine der Frau vom Gesetz verliehene Vertretungsmacht handelte, die vom Willen des Ehemannes unabhängig war, jedenfalls soweit dieser nicht in zulässiger Weise von seinem Recht, die Schlüsselgewalt auszu-schließen oder zu beschränken, Gebrauch machte (§ 1357 II a.F. BGB).

Mit der Schlüsselgewalt nach § 1357 a.F. BGB hat das BGB sich nach dem Vorbild des Preussischen Allgemeinen Landrechts (§§ 321 ff. II 1, insbesondere §§ 321, 324, 327) und des Sächsischen BGB (§ 1645) von der älteren Schlüsselgewalt kraft „stillschweigender“ oder „vermuteter“ Vollmacht losgesagt und die Schlüsselgewalt im Interesse sowohl der Ehefrau wie auch der Gläubiger als gesetzliche Ehefolge geregelt.

2. Die Schlüsselgewalt im österreichischen Recht

Dem österreichischen Recht ist die Schlüsselgewalt fremd. Die Gesetzessprache verwendet den Ausdruck nicht. Eine besondere Kompetenz der Ehefrau, ohne Rücksicht auf den Güterstand Rechtsgeschäfte mit Wirkung für den Mann abzuschließen, gibt es nicht. Gleichwohl hat die Rechtslehre ein Institut schaffen müssen, das der Frau die Besorgung der Geschäfte, die „eine ordentliche und standesgemäße Führung des Haushalts gewöhnlich mit sich bringt“³⁾, ermöglicht. Dieses Institut ist das vermutete Mandat, das heute auch in Österreich als Schlüsselgewalt bezeichnet wird. „Von dem Ehegatten, der seiner Frau den gemeinsamen Haushalt anvertraut hat, wird vermutet, daß er ihr auch die Macht eingeräumt habe, alles das zu tun, was diese Wirtschaftsführung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist“⁴⁾. Dieses Mandat wird aus der, soweit es das Innenverhältnis betrifft, den §§ 1353 bis 1357 BGB entsprechenden Vorschrift des § 92 ABGB hergeleitet⁵⁾. § 92 ABGB lautet:

„Die Gattin erhält den Namen des Mannes. Sie ist verbunden, dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, in der Haushaltung und Erwerbung nach Kräften beizustehen, und soweit es die häusliche Ordnung erfordert, die von ihm getroffenen Maßregeln sowohl selbst zu befolgen, als befolgen zu machen.“

Die Mandatsvermutung wird auf § 1029 ABGB gestützt. Die Vorschrift lautet:

„Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben worden, so wird ihr Umfang aus dem Gegenstande, und aus der Natur des Geschäftes beurteilt. Wer einem anderen eine Verwaltung anvertraut hat, von dem wird vermutet, daß er ihm die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu tun, was die Verwaltung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist.“

³⁾ OGH, SZ XIII, 756 ff.

⁴⁾ OGH, SZ XXVII, 768 f.; s. auch OGH, SZ XIV, 262 ff.; SZ XXXI, 294 ff.; SZ XXXII, 107 f.

⁵⁾ Manchmal wird statt § 92 ABGB auch § 91 ABGB angezogen, der die Unterhaltspflicht des Mannes bestimmt, s. GIU 10603 und 16006.

Das österreichische Recht hält bis heute an dieser Mandats-theorie fest⁶⁾. Die (germanistische) Auffassung von der Selbständigkeit der Frau bei der Besorgung des Haushalts hat bis heute einen gesetzlichen Niederschlag jedenfalls nicht gefunden. Wenn in Anlehnung an die deutsche Regelung gelegentlich die Auffassung vertreten wird, die Schlüsselgewalt stehe der Frau als eigenes Recht zu⁷⁾ und gebe ihr eine gesetzliche Vertretungsmacht⁸⁾, so findet diese Auffassung im Gesetz keine Stütze. Auch die Gleichberechtigung der Frau⁹⁾ hat hieran nichts geändert.

Für das Innenverhältnis ergibt sich danach: Die Frau besorgt den Haushalt für den Mann; sie hat dabei die von ihm getroffenen Maßregeln zu befolgen. Haushaltsgeschäfte sind für die Frau „fremde“ Geschäfte. Sie ist „Gewalthaberin“ des Ehemannes. Auf ihr Verhältnis finden die Vorschriften über die Bevollmächtigung (§§ 1002 ff. ABGB) Anwendung.

Im Außenverhältnis treffen die Wirkungen der im sachlichen Rahmen des (vermuteten) Mandats vorgenommenen Rechtsgeschäfte nach § 1017 ABGB den Ehemann als Gewaltgeber. Auch für das Außenverhältnis gelten die Vorschriften über die Bevollmächtigung.

3. Die Schlüsselgewalt im französischen Recht

Die Vertretungsbefugnis der Ehefrau als eigenes Recht der Frau hat sich im französischen Recht — nach dem Vorbild der deutschen und schweizerischen Regelung — erst verhältnismäßig spät herausgebildet. Die ganze Entwicklung dieses Rechtes der Frau gehört in Frankreich zur jüngsten Rechtsgeschichte. Die — noch bis 1938 — grundsätzlich geschäftsunfähige Ehefrau bedurfte, um überhaupt rechtsgeschäftlich handeln zu können, der ehemännlichen Zustimmung (autorisation). Man versuchte die Verbindlichkeit von Haushaltsgeschäften für den Ehemann daher durch die unterstellte stillschweigende Zustimmung (autorisation tacite) zu begründen. Die autorisation hob aber nur die Unfähigkeit der Ehefrau, sich selbst rechtsgeschäftlich zu verpflichten, auf; sie erklärte dagegen nicht, weshalb diese Geschäfte für den Ehemann verbindlich sein sollten. Deshalb wurde diese Auffassung von der Lehre vom mandat tacite verdrängt¹⁰⁾. Wie im österreichischen Recht wurde die Verbindlichkeit von Haushaltsgeschäften für den Ehemann aus einer vermuteten stillschweigenden Bevollmächtigung erklärt. Allerdings zwang die Berücksichtigung vor allem der Interessen Dritter die Gerichte zu Entscheidungen, die sich aus der vermuteten Vollmacht nicht mehr rechtfertigen ließen, die vielmehr das mandat domestique der Ehefrau praktisch wie eine gesetzliche Ehefolge behandelten.¹¹⁾ Dieser Zustand ist jedoch erst durch die Novelle vom 22. 9. 1942 gesetzlich anerkannt worden. Der neugefaßte art. 220 c.civ. lautet:

6) Ehrenzweig S. 136; Wentzel in Klang Zusatz II 1 und 3 zu § 92 ABGB; Schwind Anm. VIII zu § 92 ABGB (S. 28).

7) Lehnhoff in Klang Anm. V 1 zu § 92 ABGB.

8) v. Anders S. 26.

9) Art. 7 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes i.d.F. von 1929; Art. 66 Abs. 1 und 2 des Staatsvertrages von Saint Germain.

10) Marty-Raynaud § 532 (S. 715); Kipp S. 10 ff.

11) Kipp S. 121.

„La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins du ménage et d'employer pour cet objet les fonds qu'il laisse entre ses mains.

Les actes ainsi accomplis par la femme obligent le mari envers les tiers, à moins qu'il n'ait retiré à la femme le pouvoir de faire les actes dont il s'agit, et que les tiers n'aient eu personnellement connaissance de ce retrait au moment où ils ont traité avec elle.“

Diese Regelung entspricht, wie schon die sprachliche Fassung erkennen läßt, dem zum Vorbild genommenen § 1357 a.F. BGB. Das mandat domestique der Ehefrau ist nach außen Vertretungsmacht kraft Gesetzes, intern ein gesetzliches Auftragsverhältnis. Die Regeln über das rechtsgeschäftliche Mandat (art. 1984 ff. c.civ.) sind entsprechend anwendbar, soweit sich dies damit verträgt, daß es sich um ein gesetzliches Mandat handelt, der Wille des Ehemannes also nur in Grenzen von Bedeutung ist¹²⁾.

4. Die Schlüsselgewalt im schweizerischen Recht

Als gesetzliche Vertretungsmacht ist die Schlüsselgewalt auch im schweizerischen Recht ausgestaltet. Der maßgebende Art. 163 ZGB lautet:

„Die Ehefrau hat in der Fürsorge für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes die Vertretung der Gemeinschaft neben dem Ehemann. Ihre Handlungen verpflichten den Ehemann, insofern sie nicht in einer für Dritte erkennbaren Weise über diese Fürsorge hinausgehen.“

Die Besonderheit des schweizerischen Rechts gegenüber den bisher erwähnten Regelungen besteht darin, daß die Ehefrau bei Abschluß von Haushaltsgeschäften nicht den Ehemann, sondern die eheliche Gemeinschaft vertritt. Diese, älterer deutscher Auffassung, nämlich dem Gedanken einer Genossenschaft der Eheleute, entsprechende Gestaltung hat jedoch im wesentlichen nur für die Haftungsfrage Bedeutung. Sie begründet die subsidiäre Haftung der Frau für Gemeinschaftsschulden, wie sie im deutschen Recht — in beschränkterem Maße und ohne wechselseitige Vertretungsbefugnis — nunmehr durch § 1357 Abs. 1 Satz 2 n. F. BGB ebenfalls eingeführt ist. Abgesehen von dieser Besonderheit entspricht die schweizerische Regelung der Rechtslage aufgrund des § 1357 BGB.

Im Innenverhältnis findet, wenn auch die Schlüsselgewalt der Ehefrau als eigenes Recht zusteht und diese die Gemeinschaft, nicht den Mann vertritt, Auftragsrecht entsprechende Anwendung (Art. 394 ff. OR)¹³⁾. Einschränkungen ergeben sich daraus, daß die Frau den Haushalt selbständig führen darf, ohne von Weisungen des Mannes abzuhängen.

Im Außenverhältnis wird die eheliche Gemeinschaft wie eine Kollektivgesellschaft mit ungleicher Vertretungsbefugnis behandelt (vgl. Art. 552 ff. OR): Der Ehemann ist zur Vertretung der Gemeinschaft nach Art. 162 Abs. 1 ZGB unbeschränkt befugt, die Ehefrau dagegen nur beschränkt, nämlich im Rahmen der Schlüsselgewalt gemäß Art. 163 ZGB

¹²⁾ Marty-Raynaud § 532 a.E.

¹³⁾ Lemp in Berner Kommentar N. 54 zu Art. 161 ZGB.

oder aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender rechtsgeschäftlicher Vollmacht nach Art. 16 ZGB. Wie im deutschen Recht ist daher im Außenverhältnis Vertretungsrecht anzuwenden.

5. Die Schlüsselgewalt nach § 1357 n.F. BGB

Das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 hat entsprechend dem Verfassungsauftrag¹⁴⁾ der Art. 117 I, 3 II GG auch die Schlüsselgewalt der Ehefrau neu geregelt und der veränderten Auffassung von der Stellung der Frau als Ehefrau und in der Familie angepaßt.

Nach § 1357 Abs. 1 Satz 1 n.F. BGB besorgt die Ehefrau Geschäfte, die innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises liegen, mit Wirkung für den Mann. Sie besorgt also nicht mehr „Geschäfte des Mannes für ihn“ (§ 1357 Abs. 1 Satz 1 a.F. BGB), sondern sie besorgt — mindestens zugleich auch — eigene Geschäfte¹⁵⁾, da sie nach § 1356 Abs. 1 Satz 1 n.F. BGB den Haushalt in eigener Verantwortung führt und damit gemäß § 1360 Satz 2 n.F. BGB regelmäßig ihren Unterhaltsbeitrag erbringt¹⁶⁾. Die Wirkungen solcher Geschäfte treten — vom Falle der Zahlungsunfähigkeit des Mannes abgesehen (§ 1357 Abs. 1 Satz 3 n.F. BGB) — in der Person des Ehemannes ein: Aus Rechtsgeschäften im Rahmen der Schlüsselgewalt wird der Mann berechtigt und verpflichtet, wenn sich nicht — in Umkehr der Regel des § 164 BGB — aus den Umständen etwas anderes ergibt (§ 1357 Abs. 1 Satz 2 n.F. BGB).

a) Das Innenverhältnis:

Im Innenverhältnis hat das Gleichberechtigungsgesetz eine Änderung insofern gebracht, als die Frau bei der Leitung des Haushalts nicht mehr als Beauftragte des Mannes angesehen werden kann¹⁷⁾. Insbesondere die Weisungsgebundenheit des Beauftragten (§ 665 BGB) verträgt sich — wie auch der ersatzlose Wegfall des alten § 1354 BGB (Entscheidungsrecht des Mannes) zeigt — nicht mit der veränderten Auffassung von der Stellung der Ehefrau¹⁸⁾. Die Lösung der Frau aus der Weisungsgebundenheit dürfte eine der entscheidenden Änderungen bei der Neugestaltung der Schlüsselgewalt sein¹⁹⁾.

14) Die nach wie vor umstrittene Frage, ob § 1357 mit Art. 3 GG vereinbar ist (Vertretungsrecht nur der Frau; Berechtigung aus Schlüsselgewaltsgeschäften nur des Mannes), soll hier nicht erneut aufgeworfen werden. M.E. ist § 1357 verfassungsrechtlich unbedenklich. Dazu eingehend Fahr S. 144 ff. mit Übersicht über den Meinungsstreit.

15) Arnold FamRZ 58, 193; Eißer FamRZ 59, 177 (178); Boehmer FamRZ 60, 173 (176).

16) Den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 1356 Abs. 1 n.F. BGB (vgl. zu § 1356 a.F. Hagemeyer, NJW 1953, 603; Dölle, JZ 1953, 357; Arnold in Angewandte Gleichberechtigung Anm. 1 zu § 1356; zu § 1356 n.F. Bosch FamRZ 1959, 415; Berger FamRZ 1961, 91) braucht nicht nachgegangen zu werden, da sich Recht und Pflicht auch aus § 1353 BGB ergeben (Vgl. Scheffler S. 290).

17) Arnold und Eißer, aaO (Note 15); Müller-Freienfels SG S. 406; Erman-Finke GlberG Anm. 2; Erman-Bartholomeyczik Anm. 7a zu § 1357; Hansen S. 45; Palandt-Lauterbach Anm. 3a zu § 1353; a.A. Brühl FamRZ 1957, 280; Krüger-Breetzke-Nowack Anm. 7 zu § 1357; Beitzke in Achilles-Greifff Anm. 4 zu § 1357.

18) Krüger-Breetzke-Nowack Anm. 7 zu § 1357.

19) BVerfGE 10, 59 ff.

Die Ehefrau kann weiter deshalb nicht länger als Beauftragte des Mannes angesehen werden, weil sie mit der Leitung des Haushalts gemeinschaftliche Interessen beider Ehepartner, nicht nur Interessen des Ehemannes wahrnimmt. Zwar steht der Annahme eines Auftrags nicht entgegen, daß der Beauftragte im Einzelfalle zugleich auch eigene Interessen verfolgt²⁰⁾. Es erscheint jedoch verfehlt, ein Auftragsverhältnis auch da anzunehmen, wo das Interesse von „Geschäftsherr“ und „Geschäftsführer“ an einer bestimmten Tätigkeit sich typischerweise deckt. Auf diesen Tatbestand der Verfolgung gemeinschaftlicher Interessen innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft passen besser die Regeln über die Gesellschaft und damit Auftragsrecht nur in den Grenzen des § 713 BGB; denn wie bei der Gesellschaft besteht bei der Verfolgung gemeinsamer Interessen im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft „eine gemeinsame Handlungspflicht in gemeinsamem Interesse zu einem gemeinsamen Nutzen und für einen gemeinsamen Zweck“²¹⁾. Das bedeutet nicht, daß zum Zwecke der Führung des gemeinschaftlichen Haushalts eine gesellschaftliche Bindung der Ehegatten anzunehmen wäre²²⁾. Die analoge Heranziehung von Gesellschaftsregeln, soweit dieses passen, gestattet es aber, einzelne Fragen zuverlässiger zu lösen²³⁾, als wenn man das Innenverhältnis als ein „familienrechtliches Verhältnis eigener Art“²⁴⁾ behandelt und Zweifel allein aus den §§ 1353 ff. zu klären versucht²⁵⁾. Die §§ 1353 ff. BGB können die Anwendung schuldrechtlicher Normen auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten sinnvoll begrenzen, sie aber nicht ersetzen²⁶⁾. Daß die Ehe im Gegensatz zur Gesellschaft ihren Zweck in sich selbst trägt,²⁷⁾ schließt nicht aus, die Ursprungsgemeinschaft Ehe in einzelnen Beziehungen analog den Regeln über die Zweckgemeinschaft²⁸⁾ zu behandeln.

Auf das Innenverhältnis ist daher Gesellschaftsrecht anzuwenden und damit Auftragsrecht nur in den Grenzen des § 713 BGB.

b) Das Außenverhältnis:

Das Außenverhältnis ist durch die Neuregelung — von der subsidiären Haftung der Frau abgesehen — nicht verändert worden. Zwar ist in § 1357 n.F. BGB der Ausdruck „vertreten“ vermieden, wie auch von einem Han-

²⁰⁾ Palandt-Gramm Anm. 3 zu § 662 BGB.

²¹⁾ Müller-Freienfels SG S. 406; Thiele FamRZ 58, 118; Maurer S. 82 ff. Ablehnend Fahr S. 26 ff, 105 ff.

²²⁾ Dagegen Hansen S. 40 ff.

²³⁾ „Den schwankenden Boden einer Generalklausel (scil. § 1353) nur zu betreten, wenn fester Halt nicht zu entdecken ist, hat gerade unter guten Juristen immer als Tugend gegolten“, führt Gernhuber FamRZ 59, 469 aus, billigt das aber nicht.

²⁴⁾ Hansen S. 44 ff.

²⁵⁾ Als zur Entscheidung konkreter Frgaen wenig geeignete Vorschrift bezeichnet auch Fabricius FamRZ 1963, 113 und 115 den § 1353. S. auch Fahr S. 26.

²⁶⁾ Der Vorteil einer entsprechenden Anwendung schuldrechtlicher Bestimmungen auf die Rechtsbeziehungen der Ehegatten, soweit diese in den § 1353 ff nicht konkret geregelt sind (hier vor allem der Frage des Vertrauens auf den Fortbestand der Vertretungsmacht), liegt in der Rechtssicherheit. Diese ist weniger eindeutig gewährleistet, wenn man allein die familienrechtliche Generalklausel des § 1353 BGB zur Lösung heranzieht. Allerdings ist, worauf Gernhuber FamRZ 59, 169 hinweist, eine ganze Anzahl schuldrechtlicher Vorschriften „mit der Ehe nicht verträglich“ und daher unanwendbar (vgl. auch Gernhuber FamRZ 58, 245).

²⁷⁾ Hansen S. 41; Thiele, aaO.

²⁸⁾ Müller-Freienfels Ehe S. 63 f.

deln „im Namen“ des Mannes nicht mehr die Rede ist. Damit wird aber nur hervorgehoben, daß die Frau in eigener Zuständigkeit handelt, wenn sie den Ehemann durch Abschluß von Haushaltsgeschäften verpflichtet. Der Sache nach handelt es sich wie schon aufgrund des § 1357 a.F. BGB um eine der Frau kraft Gesetzes zustehende Vertretungsmacht²⁹⁾. Die Wendung „im Namen des Mannes“ entsprach schon bisher der besonderen Vertretungsmacht der Ehefrau insofern nicht, als die Vertretungswirkungen in Umkehr des § 164 BGB stets eintraten, wenn der Wille der Frau, nur für sich selbst zu handeln, nicht hervortrat; „im Namen des Mannes“ brauchte die Ehefrau nicht zu handeln. Es kommt hinzu, daß der Ausdruck „Wirkung für einen anderen“, wie er zur Bezeichnung der Vertretungswirkungen in § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB gebraucht ist, auch in § 1357 n.F. BGB („mit Wirkung für den Mann“) verwendet ist.

Der Wegfall der Wendung „im Namen des Mannes“ rechtfertigt daher nicht die Auffassung, die Frau sei nach § 1357 n.F. BGB nicht mehr Vertreterin des Ehemannes³⁰⁾. Die gesetzlich begründete Zuständigkeit der Frau, ihren Ehemann zu verpflichten, ist wie die entsprechende, ebenfalls vom Willen des Vertretenen unabhängige Vertretungsmacht des Vaters, der Mutter oder des Vormunds eine Vertretungsmacht kraft Gesetzes, und zwar auch dann, wenn Frau, Vater, Mutter oder Vormund in Ausübung ihrer Vertretungsmacht nicht „im Namen“ des Vertretenen handeln³¹⁾.

Im Außenverhältnis handelt die Ehefrau daher auch nach § 1357 n.F. BGB bei Abschluß von Geschäften im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises in Ausübung einer ihr vom Gesetz verliehenen Vertretungsmacht. Sie ist Vertreterin kraft Gesetzes.

²⁹⁾ Krüger-Breetzke-Nowack Anm. 9; Erman-Finke GlberG Anm. 2 zu § 1357. Eißer FamRZ 1959, 178; Enneccerus-Nipperdey S. 1105; Fahr S. 41 ff unter Eingehen auf die Entstehungsgeschichte der Neufassung; Boehmer Teilreform 10.

³⁰⁾ So aber Maßfeller-Reinicke Anm. 2 zu § 1357. Hansen S. 56 ff, 60; Maurer S. 98 ff, die aber Vertretungsrecht entsprechend anwenden will (S. 101). RGRKomm. (10/11) Anm. 8 zu § 1357; Schlosser FamRZ 61, 287. Palandt-Lauterbach Anm. 3b zu § 1357. Dabei handelt es sich wohl nur um einen Streit um Worte, da nach dem Gesetz jedenfalls nicht zweifelhaft ist, daß die Vertretungswirkungen eintreten, Schlosser aaO S. 290; Fabricius FamRZ 1963, 118; vgl. auch Gernhuber JZ 1963, 518.

³¹⁾ Vgl. dazu Müller-Freienfels VR S. 19.

B. Die Voraussetzungen der Schlüsselgewalt

I Das BGB regelt die Schlüsselgewalt unter dem Titel „Wirkungen der Ehe im allgemeinen“¹⁾. Die Befugnis der Ehefrau, ihren Mann bei Abschluß von Geschäften im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises zu verpflichten, setzt danach eine wirksame Ehe voraus.

II 1. Ob darüber hinaus weitere Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der Ehefrau die Schlüsselgewalt zustehe, ist im Gesetz selbst nicht ausgesprochen. Auszugehen ist davon, daß § 1357 BGB im unmittelbaren Anschluß an § 1356 BGB die Befugnis regelt, den Mann durch Rechtsgeschäfte im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises zu verpflichten. Diese Befugnis ergänzt das Recht der Frau, die zur Leitung des „gemeinschaftlichen Hauswesens“ (§ 1356 a.F. BGB) bzw. des „Haushalts“ (§ 1356 n.F. BGB) erforderlichen tatsächlichen Handlungen vorzunehmen. Daraus wird geschlossen, daß die Schlüsselgewalt vom Bestehen der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten abhängt²⁾.

a) In den Motiven ist das Erfordernis der häuslichen Gemeinschaft nicht ausdrücklich aufgestellt. Es heißt dort:

„Aus der Bezugnahme auf den häuslichen Wirkungskreis i.V.m. der ratio des Gesetzes wird sich auch von selbst ergeben, inwieweit das hier fragliche Recht der Ehefrau auch dann zusteht, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist“³⁾.

Dem kann jedenfalls entnommen werden, daß für das Entstehen der Schlüsselgewalt die häusliche Gemeinschaft stets und für ihren Fortbestand grundsätzlich als erforderlich angesehen wurde.

Das Erfordernis eines „gemeinschaftlichen Hauswesens“⁴⁾, der „Gemeinschaftlichkeit des Hauswesens“⁵⁾ oder des „ehelichen Hauswesens“⁶⁾,

1) Ebenso das ZGB. Im c.civ. ist das mandat domestique im 5. Titel „du mariage“, Kapitel VI „Des devoirs et des droits respectifs des époux“ geregelt. § 92 AFGB steht im zweiten Hauptstück des 1. Teiles „Von dem Eherechte“ als „Wirkung der gültigen Ehe“ unter der Überschrift „besondere Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten“.

2) Planck Anm. 2 zu § 1357; RGRKomm. (10/11. Aufl.) Anm. 4 zu § 1357; Palandt-Lauterbach Anm. 2 zu § 1357; Krüger-Breetzke-Nowack Anm. 3 zu § 1357; Warneyer Anm. zu § 1357; Erman-Bartholomeyczik Anm. 6a zu § 1357; Soergel-Kegel Anm. 10 zu § 1357; Beitzke S. 58; Wetzel S. 80; OLG Hamburg OLG 12, 300; Karlsruhe OLG 2, 329; KG OLG 23, 405.

3) Motive IV, 118.

4) Lehmann Fam-R. S. 58; v. Seefeld S. 21; Altona DJZ 1903, 456; Achilles-Greif-Beitzke Anm. 2 zu § 1357; OLG München, JFG 14, 12; München OLG 43, 352; Hamburg OLG 2, 368; 41, 46; KG OLG 14, 218; 30, 39; BayObLG OLG 30, 37; AG Bonn FamRZ 55, 260.

5) RGRKomm. (9. Aufl.) Anm. 8 zu § 1357.

6) Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 175.

auch des „gemeinschaftlichen Haushalts“⁷⁾ unterscheidet sich sachlich hiervon nicht. Es handelt sich insoweit um synonyme Bezeichnungen desselben Sachverhalts.

Diese Auffassung orientiert sich an § 1356 a.F. BGB, wonach die Aufgabe der Frau in der Leitung des „gemeinschaftlichen Hauswesens“ bestand. Nach dem inneren Zusammenhang der beiden Bestimmungen setzt der „häusliche Wirkungskreis“, innerhalb dessen die Befugnis der Frau nach § 1357 BGB besteht, voraus, daß die Frau das gemeinschaftliche Hauswesen leitet⁸⁾. Das ergibt sich klar aus den Motiven:

„Der Kreis, innerhalb dessen die Ehefrau berechtigt sein soll, den Mann zu vertreten, läßt sich nur im Allgemeinen, und zwar in Anlehnung an den Grundsatz des § 1275 Abs. 1 (1356) am zutreffendsten durch Bezugnahme auf den häuslichen Wirkungskreis der Ehefrau bestimmen.“⁹⁾

Nach den Motiven sollten Inhalt und Umfang der Schlüsselgewalt mithin in Anlehnung an die Aufgabe der Ehefrau, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten, bestimmt werden.¹⁰⁾

Dieser Andeutung der Motive folgend ist häufig der häusliche Wirkungskreis entweder aus dem gemeinschaftlichen Hauswesen abgeleitet oder aber auch mit ihm identifiziert worden¹¹⁾.

Den Zusammenhang zwischen der Schlüsselgewalt und der Führung des ehelichen Haushalts erkennt auch das schweizerische Recht an, wenn es die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten für die Schlüsselgewalt voraussetzt. Ohne gemeinsamen Haushalt gibt es keine Geschäfte, die in den Rahmen der Schlüsselgewalt — nämlich des Rechts, die eheliche Gemeinschaft zu vertreten — fielen¹²⁾.

Den gleichen Gedanken finden wir im österreichischen Recht. Da die Schlüsselgewalt sich allein aus der Führung der Hauswirtschaft ableitet, kann nur dann angenommen werden, daß der Mann seiner Frau Vollmacht erteilt habe, wenn die Ehegatten zusammen leben¹³⁾.

Im Grundsatz entspricht dies auch der Auffassung des französischen Rechts. „Le mandat domestique est un effet du mariage et il dure en prin-

7) Siméon-David, S. 319; Rosenfeld, S. 21; Zust von Sursee S. 27.

8) Hamburg OLG 2, 368; Feist S. 25 f.

9) Motive IV, 118.

10) In ähnlicher Weise ist bereits in den Vorläufern des BGB das Vertretungsrecht der Ehefrau an das Bestehen des gemeinschaftlichen Hauswesens geknüpft. In § 11 der Lippe-Dehmoldischen VO vom 27. März 1786 heißt es: „Da jederzeit vermuthet wird, da der Mann ihr die Besorgung des inneren Hauswesens überlassen habe . . .“. Art. 1420 a des Badischen Landrechts von 1809, einer Bearbeitung des Code Civil, die sich bis 1900 in Geltung erhielt, lautet: „Eine Frau welche die gemeinschaftliche Haushaltung führt, hat allein dadurch schon Macht für alle in einer ordentlichen Wirtschaftsführung einbegriffenen verbindlichen Handlungen“. § 1645 des Sächsischen BGB vom 1. März 1865 spricht von Verträgen, welche die Frau „zum Zwecke der Führung des Haushalts“ schließt. Weitere Quellen führt Eergter S. 28 an.

11) Die Schlüsselgewalt „setzt einen ‚häuslichen Wirkungskreis‘, d.h. eine häusliche Gemeinschaft der Eheleute voraus“, KG OLG 14, 218, 21, 21, 215; 23, 405; 33, 337; Hamburg, OLG 2, 368; Arnold MDR 53, 264; v. Seefeld S. 21; Meyer S. 13 15, 38.

12) Lemp in Berner Kommentar N. 5 zu Art. 163 ZGB; Ebraunschweig S. 21/22; Vaud. Trib. Cant. SJZ 23, 185 Nr. 140; Genève SJZ 28, 217 Nr. 191.

13) OGH, SZ XIV, 262; SZ XXVII, 768 ff.; SZ XXXII, 107 f.; Wasmuth S. 46 f.; Swoboda S. 79, 80.

cipe tant que dure celui-ci, ou du moins tant que dure la vie commune¹⁴⁾. „Le pouvoir de représentation résulte du mariage mais il est lié à la vie commune des époux“¹⁵⁾. Der Grundsatz erfährt jedoch, wie noch zu zeigen ist, erhebliche Durchbrechungen¹⁶⁾.

b) Es findet sich aber auch die Auffassung vertreten, daß Voraussetzung der Schlüsselgewalt nicht das gemeinschaftliche Hauswesen, die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten, sei, sondern lediglich das Bestehen eines häuslichen Wirkungskreises¹⁷⁾. Nach dieser Auffassung soll der häusliche Wirkungskreis der Ehefrau unabhängig sein von dem Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft¹⁸⁾.

Diese Auffassung wird damit begründet, daß der Gesetzgeber, wenn er das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft für die Schlüsselgewalt hätte voraussetzen wollen, dies in § 1357 BGB zum Ausdruck gebracht haben würde, sei es durch Bezugnahme auf § 1356 BGB¹⁹⁾, sei es durch die Wahl der gleichen Worte. Weiter wird auf die Motive verwiesen²⁰⁾, nach denen es sich aus der ratio des Gesetzes „von selbst ergeben“ werde, inwieweit der Ehefrau die Schlüsselgewalt trotz Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten zustehen könne. „Ihr unter diesen Umständen das Recht allgemein zu versagen würde namentlich im Hinblick auf solche Fälle bedenklich sein, in welchen der Ehemann sich entfernt hat“²⁰⁾.

Es wird ferner geltend gemacht, daß nicht die Führung des gemeinschaftlichen Hauswesens die Grundlage für die Schlüsselgewalt darstelle. Diese wurzele vielmehr in der gesetzlichen Regelung der Unterhaltungspflicht und der Tragung der ehelichen Lasten²¹⁾ sowie in Gründen der Verkehrssicherheit²²⁾.

Bei näherer Prüfung dieser Auffassung ergibt sich jedoch, daß einige der genannten Autoren nicht ein besonderes Kriterium für Entstehen und Fortbestand der Schlüsselgewalt aufstellen wollen, sondern nur einen Anknüpfungspunkt suchen, um zu einer Haftung des Mannes auch in den Fällen zu gelangen, in denen Dritten unbekannt ist, daß die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht. Joerges und Menzel nehmen nicht an, die Schlüsselgewalt der Ehefrau bestehe trotz fehlender häuslicher Gemeinschaft schlechthin; ihr Bestehen wird lediglich insoweit bejaht, als dies der Schutz gutgläubiger Dritter erforderlich machen kann²³⁾.

14) Marty-Raynaud § 533.

15) Marino S. 33.

16) Siehe unten S. 28 f.

17) Soergel-Vogel Anm. 12 zu § 1357 bezeichnen zwar als Voraussetzung für die Schlüsselgewalt das Bestehen eines häuslichen Wirkungskreises, der nicht gleichbedeutend sei mit häuslicher Gemeinschaft, lassen jedoch die Schlüsselgewalt nur bestehen, solange keine echte Trennung durch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft vorliegt. Der Sache nach deckt sich dies mit der unter a) referierten Ansicht.

18) „War also auch die häusliche Gemeinschaft bereits aufgehoben, so hatte doch der häusliche Wirkungskreis der Frau noch nicht aufgehört“, Braunschweig OLG 43, 351; Dresden OLG 36, 196.

19) Menzel S. 615; Goldmann S. 420; Joerges S. 85; Nolde S. 29 und 31.

20) Motive IV, 118.

21) Joerges S. 86; Goldmann S. 420; Menzel S. 611; diese Überlegung spielt auch im französischen Recht eine große Rolle. Siehe unten S. 28 f.

22) Menzel S. 613. Darüber eingehend unter S. 37 ff.

23) vgl. Menzel, Joerges aaO.

Obwohl beide Autoren als Voraussetzung der Schlüsselgewalt nicht die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten, sondern den häuslichen Wirkungskreis der Ehefrau bezeichnen, ist auch für sie in Wahrheit die häusliche Gemeinschaft entscheidend. Die Frage, ob der gute Glaube Dritter an das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft geschützt werden soll und kann, auf deren Beantwortung es beiden Autoren ankommt, darf man nicht dadurch umgehen, daß allein für diesen Zweck eine besondere Voraussetzung der Schlüsselgewalt im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten, nämlich der „häusliche Wirkungskreis“, aufgestellt wird.

Nach anderen²⁴⁾ soll jedoch die Schlüsselgewalt nicht allein im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten vom Bestehen der häuslichen Gemeinschaft unabhängig sein, sondern schlechthin im Innen- wie im Außenverhältnis nur einen „häuslichen Wirkungskreis“ der Frau voraussetzen. Goldmann begründet dies damit, daß die Ehefrau beanspruchen konnte, daß der Mann ihr nach Trennung — gleichviel aus welchen Gründen und auf wessen Initiative — die zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlichen Sachen aus dem gemeinschaftlichen Haus überließ. Daraus ergebe sich, daß der Ehefrau auch nach der Trennung ein Haushalt möglichst habe erhalten bleiben und der Ehemann für dessen Kosten habe aufkommen sollen.

Danach müßte die Schlüsselgewalt vom Unterhaltsanspruch der Frau gegen den Mann abhängen. Auf die prinzipielle Unrichtigkeit der Verknüpfung von Schlüsselgewalt und Unterhaltsregelung ist noch ausführlich einzugehen. An dieser Stelle genügt der Hinweis, daß der Hausrat nicht anders zu verteilen und der Mann unter Umständen zum Unterhalt zu verpflichten ist, wenn die Ehe geschieden wird, ohne daß darum der Fortbestand der Schlüsselgewalt in Betracht käme. Die Schlüsselgewalt ist der Frau nicht gegeben, solange sie einen „häuslichen Wirkungskreis“ hat, sondern solange sie der Möglichkeit bedarf, für die Führung des ehelichen gemeinsamen Haushalts notwendige Rechtsgeschäfte abzuschließen.

Das Merkmal des „häuslichen Wirkungskreises“ in § 1357, I BGB hat danach für Entstehung und Bestand der Schlüsselgewalt keine Bedeutung. Wie die Ausdrücke: „laufende Bedürfnisse des Haushalts“ in Art. 163 ZGB und „besoins du ménage“ in art. 220 c.civ. bestimmt es lediglich den sachlichen Umfang der Schlüsselgewalt, also den Rahmen derjenigen Geschäfte, auf die sich die Befugnis der Frau, den Ehemann zu verpflichten, erstreckt²⁵⁾. Die §§ 1356 und 1357 BGB können nur im Zusammenhang beider Vorschriften richtig ausgelegt werden. Danach ergibt sich: Die Schlüsselgewalt steht der Frau nur zu, wenn sie dem gemeinschaftlichen Haus-

²⁴⁾ Goldmann aaO: „Das Landgericht stellt die Tatsache des Getrenntlebens mit der Ausschließung des Rechts durch den Ehemann gleich, indem es dem wissenden Dritten auch in jenem Falle den Schutz des § 1357 BGB versagt. Hätte der Gesetzgeber diese Gleichstellung gewollt, so hätte er sie im Abs. 2 zum Ausdruck gebracht.“ Geilenkirchen S. 32 f.; Nolde S. 35 ff.

²⁵⁾ Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 171; Lehmann FamR, S. 57; Palandt-Lauterbach, Anm. 2 b zu § 1357; Krüger-Breetzke-Nowack, Anm. 6 zu § 1357; v. Seefeld S. 30 f.; Ganse S. 27; Maurer S. 46 ff. Aus der Rspr. München OLG 2, 212; OGH NJW 50, 307; OLG Hamburg, NJW 53, 991.

wesen vorsteht. Sie erstreckt sich nur auf solche Geschäfte, die im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises liegen.

2. Es ist daher zu untersuchen, wann bei bestehender Ehe die „häusliche Gemeinschaft“ der Ehegatten aufgehoben ist.²⁶⁾

Der Ausdruck, „häusliche Gemeinschaft“ ist im Gesetz in verschiedener Bedeutung verwendet. Unzweifelhaft ist der Ausdruck „häusliche Gemeinschaft“ sowohl in § 618, II BGB als auch in § 2028, I BGB in dem Sinne gebraucht, daß rein tatsächlich die räumliche Nähe zum Dienstherrn, bzw. Erblasser, die Aufnahme im Hause, gemeint ist. Diese Auslegung, die sich aus der ratio der genannten Vorschriften ergibt, kann hier jedoch nicht maßgebend sein, da es um die *e h e l i c h e* häusliche Gemeinschaft geht. Herangezogen werden können nur die früheren §§ 1567, 1571 BGB, bzw. die ihnen insoweit entsprechenden §§ 48, 50 EheG, die sich ebenfalls mit der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten befassen. Für die Auslegung bieten sich objektive und subjektive Kriterien an.

a) Objektive Kriterien:

Nach einer — inzwischen allgemein aufgegebenen Ansicht — setzte die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft die *r ä u m l i c h e* Trennung der Ehegatten voraus. Diese räumliche Trennung wurde allerdings u.U. auch dann bejaht, wenn die Ehegatten noch in derselben Wohnung leben, aber völlig getrennte Haushalte führen²⁷⁾.

Häusliche Gemeinschaft ist nach dieser Auffassung gleichbedeutend mit „gemeinschaftlicher Haushaltung“²⁸⁾. Dafür genügt es, wenn die Ehefrau noch irgendwelche häuslichen Verrichtungen für den Mann vornimmt, mag sie im übrigen auch mit ihren Kindern in der gemeinsamen Wohnung getrennt essen und schlafen²⁹⁾.

Ein anderes objektives Kriterium ist das *z e i t l i c h e*. Danach ist die häusliche Gemeinschaft bei dauernder Trennung der Ehegatten als aufgehoben anzusehen, bei nur vorübergehender dagegen nicht³⁰⁾.

Beide Kriterien befriedigen nicht.

Nach der räumlichen Abgrenzung bereiten diejenigen Fälle Schwierigkeiten, in denen sich ein Ehegatte aus Gründen entfernt hat oder entfernen muß, die mit den ehelichen Beziehungen der Ehegatten nichts zu

26) Problemlos ist dies, wenn das Gericht nach § 627 I ZPO das Getrenntleben gestattet hat. Entsprechend bei Trennung durch Urteil nach Art 146 ff. ZGB oder im Wege der vorsorglichen Maßregel nach Art. 145 ZGB, bei der *séparation de corps* nach art. 306 ff. c.civ. oder der richterlichen Bestimmung eines getrennten Wohnsitzes (*dispense de cohabitation*) nach art. 215 c.civ. Überall, wo die häusliche Gemeinschaft durch Richterspruch aufgelöst wird, können Zweifel nicht entstehen.

27) Karlsruhe OLG 2, 329; vgl. auch RGZ 167, 305; RGSeuffA 96 Nr. 9.

28) Karlsruhe OLG 2, 329; KG OLG 6, 155; Hamburg OLG 41, 46. Vgl. auch v. Godin Anm. 2 zu § 48 EheG, der jedoch den Grundsatz einschränkt (S. 204).

29) RGZ 159, 115; RGZ 167, 301; Erman-Ronke Anm. 3 d zu § 48 EheG; Achilles-Greif-Beitzke, Anm. 2 zu § 1357.

30) KG OLG 21, 215; OLG Dresden 36, 196; Geilenkirchen, S. 3 f., der jedoch zur Abgrenzung zwischen „vorübergehender“ und „dauernder“ Trennung auch subjektive Momente berücksichtigt.

tun haben. Hierher gehören Reisen — mögen sie private oder geschäftliche Gründe haben —, ein Krankenhausaufenthalt, die Unterbringung in einer Heilanstalt, die Verbüßung einer Strafe³¹⁾, aber auch die Fälle, in denen eine gemeinsame oder überhaupt eine eigene Haushaltsführung der Ehegatten, sei es in allgemeinen Notzeiten, sei es aus besonderen Gründen, nicht möglich ist. In all diesen Fällen besteht entweder ein gemeinsamer Haushalt überhaupt nicht, oder aber die Abwesenheit des Ehegatten führt bei unbefangener Betrachtung zu keiner Änderung der ehelichen Beziehungen, so daß es nicht befriedigen würde, hier die Lösung der häuslichen Gemeinschaft anzunehmen. Die Rechtsprechung hat deshalb nach ergänzenden Merkmalen gesucht, um die Fälle der bloßen Abwesenheit des Ehegatten von den Fällen einer echten Trennung zu unterscheiden.

Das Reichsgericht hat in diesem Sinne ausgeführt, die häusliche Gemeinschaft sei nicht aufgehoben, „wenn die Trennung nach den bestehenden Lebensverhältnissen der Ehegatten sich als eine natürliche, aus dem regelmäßigen Laufe der Dinge sich ergebende darstellt.“³²⁾ Auch in dieser Form ist das räumliche Kriterium jedoch praktisch nur geeignet, die Fälle der Urlaubs- oder Geschäftsreise u.ä. auszuschneiden. Bei Abwesenheit des Mannes aufgrund einer allgemeinen oder besonderen Ausnahmesituation (Kriegsgefangenschaft, Krankenhausaufenthalt) ist das Kriterium nicht geeignet, eine befriedigende Lösung zu ermöglichen. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß die räumliche Trennung ein sehr bedeutsames Indiz für die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft sein kann. Nur ist sie allein nicht entscheidend.

Das zeitliche Kriterium ist schon darum wenig brauchbar, weil unklar ist, wonach beurteilt werden soll, ob eine vorübergehende oder dauernde Trennung vorliegt³³⁾. Das hängt mindestens dann, wenn eine freiwillige, auf keiner Seite durch vom Willen der Ehegatten unabhängige Umstände erzwungene Trennung vorliegt, allein vom Willen der Ehegatten ab³⁴⁾. Eine langdauernde Abwesenheit kann zwar den Schluß nahelegen, daß die Ehegatten sich getrennt haben, also als Indiz Bedeutung gewinnen. Entscheidend ist aber, ob die Trennung nach dem Willen des oder der Ehegatten die häusliche Gemeinschaft aufheben soll, also ein subjektiver Umstand.

b) Die Rechtsprechung hat deshalb nach subjektiven Kriterien gesucht, nach denen sich beurteilen soll, wann die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist.

31) z.B. RGZ 53, 337 (zu § 1571 BGB). Für die kriegsbedingte Abwesenheit vgl. RGZ 128, 149; 160, 248 f.

32) RGZ 53, 337 (343).

33) Das Mißliche dieser Unklarheit kommt deutlich zum Ausdruck in der Entscheidung Dresden OLG 36, 196. Der Ehemann hatte zur Erhebung der Scheidungsklage die Familie verlassen und war rechtskräftig zur Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilt. Obwohl nach dem Urteilstenor nicht zweifelhaft sein kann, daß die häusliche Gemeinschaft im Zeitpunkt des Erkenntnisses aufgehoben war, spricht das OLG von einem „augenblicklichen Getrenntleben“. Mit einer „Trennung auf Dauer“ sei noch nicht zu rechnen, da noch in der Schwebe sei, wie der Mann sich zu der Verurteilung zur Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft stellen werde.

34) Nolde unterscheidet deshalb danach, ob die Trennung als vorübergehende oder als dauernde beabsichtigt war, S. 32.

In subjektiver Hinsicht bietet sich zunächst an die Unterscheidung danach, ob die Eheleute sich freiwillig oder unfreiwillig getrennt haben; weiter könnte erheblich sein, ob die Trennung einverständlich erfolgt oder gegen den Willen des anderen Ehegatten;

und schließlich kann man darauf abstellen, ob die Ehegatten (oder einer von ihnen) den Willen haben, die häusliche Gemeinschaft als eheliche aufzuheben (Trennungswille).

Das Oberlandesgericht Königsberg hat in einer Entscheidung³⁵⁾ die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten auf der Grundlage der ehelichen Lebensgemeinschaft betrachtet und ausgeführt, daß aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft auch die Verpflichtung folge, die häusliche Gemeinschaft herzustellen und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigt. Die Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft ist danach ein Fall der Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Wie diese setzt sie voraus, daß der Abwesende den Willen hat, die Gemeinschaft zu verweigern.

„Hiernach ist eine ‚Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft‘ nur dann vorhanden, wenn ein Teil die Herstellung verweigert, nicht aber schon dann, wenn nichts weiter vorliegt, als daß er ohne seinen Willen oder unfreiwillig vorübergehend von Hause abwesend ist“³⁶⁾.

Trotz der Verwendung des Wortes „unfreiwillig“ deutet diese Entscheidung bereits darauf hin, daß es für die Trennung nicht darauf ankommt, ob die Entfernung freiwillig oder unfreiwillig ist, sondern darauf, ob in der Entfernung der Wille zum Ausdruck kommt, die häusliche Gemeinschaft als Teil der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verweigern, also auf einen Willen, der die ehelichen Beziehungen der Ehegatten berührt. Die Auffassung des Oberlandesgerichts Königsberg deutet damit bereits auf die alsbald zu besprechende Ansicht, wonach für die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft ein Trennungswille erforderlich ist.

Wiederholt ist in der Rechtsprechung darauf abgestellt worden, ob die Trennung einverständlich oder gegen den Willen des zurückgelassenen Ehegatten erfolgt ist; nur im letzteren Fall soll die häusliche Gemeinschaft aufgehoben sein³⁷⁾.

Auch diese Unterscheidung befriedigt jedoch nicht, weil es eben gerade auf den Inhalt des Willens ankommt, der der Trennung zugrunde liegt, nicht darauf, welcher der Ehegatten ihn hat oder ob ihn beide haben. Im übrigen ist eine sichere Abgrenzung auch hiernach nicht möglich, da es Fälle gibt, in denen die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft gegen den Willen des abwesenden Ehegatten zu bejahen ist; dann nämlich, wenn der in der ehelichen Wohnung verbliebene Ehegatte seinerseits an der Ehe nicht mehr festhalten will³⁸⁾.

35) OLG 5, 399.

36) Königsberg OLG 5, 400.

37) KG OLG 14, 218 (222); 23, 405; s.a. Wetzel S. 85/86.

38) RGZ 53, 337.

Die als herrschend anzusehende Auffassung verlangt deshalb als Voraussetzung für die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, daß mindestens auf seiten eines der Ehegatten der Wille vorliegt, die häusliche Gemeinschaft als eheliche nicht fortzusetzen³⁹⁾, wobei die Entfernung zunächst auch eine unfreiwillige gewesen sein mag⁴⁰⁾. Es kommt an auf die „willensmäßige Entscheidung, die Verbundenheit mit dem anderen nicht mehr aufrechtzuerhalten“⁴¹⁾. Dabei ist allerdings umstritten, ob die Trennung „einen zugleich auf die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gerichteten Willensentschluß“ erfordert⁴²⁾. Entscheidend ist aber jedenfalls der ehefeindliche Inhalt dieses Willensentschlusses.

Diese Auffassung entspricht auch § 1361 BGB. § 1361 Abs. 1 Satz 1 a.F. BGB ist zu entnehmen, daß das BGB die Trennung als Verweigerung des ehelichen Lebens auffaßt, wobei der Begriff sowohl die berechnigte als die unberechnigte Verweigerung umfaßt⁴³⁾. Das gleiche gilt nach § 1361 Abs. 1 Satz 1 a.F. BGB in Verbindung mit § 1361 Abs. 3 n.F. BGB. Wann eine Verweigerung des ehelichen Lebens vorliegt, hängt jedoch nicht ab von objektiven Umständen⁴⁴⁾, auch nicht davon, ob die Abwesenheit eine freiwillige⁴⁵⁾ oder eine unfreiwillige ist⁴⁶⁾, es hängt schließlich auch nicht ab vom Einverständnis oder einem entgegenstehenden Willen des anderen Ehegatten, sondern davon, ob die Ehegatten oder einer von ihnen (nicht notwendig der abwesende) den Willen hat, die häusliche Gemeinschaft als eheliche nicht fortzusetzen (Trennungswille).

39) Das klingt an in den Entscheidungen Königsberg OLG 5, 399; Braunschweig OLG 43, 351; BayObLG OLG 30, 37. Deutlich BGH FamRZ 54, 16; 46, OLG Schleswig FamRZ 57, 420; BGHZ 4, 279 (291) = BGH NJW 52, 543; Hamburg NJW 54, 1769; Soergel-Vogel Anm. 5 zu § 48 EheG; Bamberg NJW 52, 143; Krüger-Breetzke-Nowack, Anm. 3 zu § 1357; Joerges S. 94, 96; Beitzke S. 57; Kainz S. 30.

40) OLG Schleswig JR 50, 756; BGH FamRZ 54, 243 ff.

41) BGH FamRZ 54, 16.

42) So OLG Schleswig FamRZ 57, 420 mit insoweit billigender Anm. von Bosch. Anders aber BGHZ 4, 279 (281).

43) Gegen die Fassung Joerges' (S. 12): „Das Getrenntleben ist jedes Alleinleben, durch welches für mindestens einen Ehegatten die Möglichkeit einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegeben ist“, bestehen deshalb Bedenken, da die Trennung hierdurch in Fällen der berechtigten Verweigerung des ehelichen Lebens (gemäß § 1353 II, 1 u. 2 oder aufgrund gerichtlicher Gestattung — § 627 ZPO —) zu verneinen wäre. Auch das berechnigte Getrenntleben schließt aber die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aus.

44) Getrennte Haushaltsführung, zwei Wohnungen, Abwesenheit eines Ehegatten von längerer oder kürzerer Dauer. Solche objektiven Umstände werden aber als Indizien für einen entsprechenden Trennungswillen erhebliche Bedeutung gewinnen können, vgl. oben S. 21.

45) z.B. Urlaubsreise, Geschäftsreise.

46) z.B. Wehrdienst, Gefangenschaft, Krankenhausaufenthalt, Straftat.

C. Folgen des Mangels von Voraussetzungen der Schlüsselgewalt

Es ist nun zu untersuchen, wie sich der Mangel des Ehebandes oder der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten auf den Bestand der Schlüsselgewalt auswirkt.

I. Das Fehlen einer wirksamen Ehe

Folgende Tatbestände kommen in Betracht:

1. Es liegt eine Nichtehe vor, z.B. eine „Eheschließung“, bei der ein Standesbeamter nicht mitgewirkt hat (§ 11 EheG), eine „Ehe“ zwischen Personen des gleichen Geschlechts oder ein eheähnliches Verhältnis.
2. Es liegt eine nichtige Ehe vor, die durch Urteil für nichtig erklärt worden ist (§§ 16 ff. EheG).¹⁾
3. Die Ehe ist durch Urteil aufgehoben (§§ 28 ff. EheG) oder geschieden (§§ 41 EheG).
4. Die Ehe ist durch Tod aufgelöst.

Aus der gesetzlichen Stellung des § 1357 BGB unter den „Wirkungen der Ehe“ ergibt sich, daß die Schlüsselgewalt nur der Ehefrau zusteht. Im Falle der Nichtehe steht der Frau die Schlüsselgewalt nicht zu; ist die Ehe für nichtig erklärt oder — durch Aufhebungs- oder Scheidungsurteil oder durch Tod — aufgelöst, so steht sie ihr nicht mehr zu²⁾.

II. Das Fehlen der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten

1. Nach einer Auffassung, die früher wohl die herrschende war, führt die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten zum Wegfall der Schlüsselgewalt³⁾.

1) Die noch nicht für nichtig erklärte Ehe ist eine gültige Ehe, RGRKomm 10/11 Anm. 19 u. 23 zu § 23 EheG.

2) Ebenso in den anderen hier erörterten Rechten, s. oben S. 16 Note 1).

3) BayObLG RJA 13, 76 = OLG 30, 37 (aber aufgegeben in JFG 14, 12 — siehe Note 4) —; Hamburg OLG 2, 368; 12, 300; 41, 46 (zweifelnd in OLG 21, 213); KG OLG 21, 215 (auch das Kammergericht hat aber diese Auffassung später aufgegeben, siehe die in Note 4) zitierten Entscheidungen); Rostock OLG 26, 260; LG Altona DJZ 1903, 456 und die ältere Literatur, vgl. Dernburg S. 118; Planck Anm. 2 zu § 1357 (a.E.); Enneccerus-Kipp-Wolff S. 175 (jedoch anders für den Fall, daß der Mann Frau und Kinder verläßt); RGR-Komm. 9. Anm. 8 zu § 1357, (aufgegeben in 10/11. Anm. 5 und 20 zu § 1357); neuerdings aber auch Maurer S. 29 ff. Ebenso das Schweizer Recht: Genève cour de just. civ. 6. 11. 14 SJZ 11 (1914/1915) 261 Nr. 200; Vaud. Trib. cant. 30. 6. 26 SJZ 23 (1926/27) 185 Nr. 140; Genève cour de just. 7. 7. 31 SJZ 28 (1931/32) 217 Nr. 191.

Diese Auffassung schien sich als selbstverständliche Konsequenz aus dem Erfordernis des gemeinschaftlichen Hauswesens zu ergeben. Sie wurde daher meist überhaupt nicht begründet. Allenfalls findet sich der Hinweis darauf, daß mit der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der „häusliche Wirkungskreis“ der Ehefrau entfalle und mit ihm die Schlüsselgewalt.

Das ist aber deshalb nicht stichhaltig, weil das Merkmal „häuslicher Wirkungskreis“ in § 1357 a. und n.F. BGB nicht eine Voraussetzung der Schlüsselgewalt beschreibt, sondern nur deren sachlichen Umfang. Auch der zunächst einleuchtende Umkehrschluß, das Fehlen der häuslichen Gemeinschaft bedinge den Wegfall der Schlüsselgewalt, ist nicht unanfechtbar. Denn er setzt voraus, was gerade die Frage ist, ob nämlich das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft notwendige Bedingung der Schlüsselgewalt ist. Nur wenn das zu bejahen ist, wäre das *argumentum e contrario* zulässig.

2. Ganz überwiegend wird heute die Auffassung vertreten, daß die häusliche Gemeinschaft zwar für die Befugnis der Frau, ihren Mann im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises zu verpflichten, Voraussetzung ist, bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft aber nicht die Schlüsselgewalt als solche, sondern nur die Ausübungsbefugnis entfällt. Die Schlüsselgewalt lebt, ohne daß hierfür irgendwelche Rechtshandlungen erforderlich wären, wieder auf, sobald die häusliche Gemeinschaft wiederhergestellt ist. Man spricht vom „Ruhe“ der Schlüsselgewalt während der Trennung der Ehegatten⁴⁾.

In § 1357 BGB ist allerdings vom „Ruhe“ der Schlüsselgewalt nichts gesagt. Der Ausdruck ist jedoch im Gesetz an anderer Stelle verwendet.

Nach §§ 1630, 1627 a.F. BGB ruhte die elterliche Gewalt des Vaters, wenn er — sei es aus rechtlichen, sei es aus tatsächlichen Gründen (§§ 1676, 1677 a.F. BGB) — an ihrer Ausübung verhindert war. Eine entsprechende Regelung hat das Gleichberechtigungsgesetz für beide Eltern gebracht durch die §§ 1673, 1674 n.F. BGB. § 1675 n.F. BGB lautet:

„Solange die elterliche Gewalt ruht, ist ein Elternteil nicht berechtigt, sie auszuüben.“

(so für den Vater früher § 1678 a.F. BGB).

Bei der gesetzlichen Vertretung des Kindes durch die Eltern wird danach von der Beendigung der elterlichen Gewalt (durch Tod, Verwirkung, Eintritt der Volljährigkeit des Kindes), mit der die Vertretungsmacht entfällt, der Fall unterschieden, daß die Vertretungsmacht zwar fortbesteht, der Elternteil jedoch zur Ausübung nicht berechtigt ist.

⁴⁾ KG RJA 13, 123 = KGJ 45 A 192, KGJ 53, 10; KG OLG 30, 39; KG DJZ 1932, 100; BayObLG JFG 14, 12 und 224; Krüger-Breetzke-Nowack Anm. 4 zu § 1357; Palandt-Lauterbach Anm. 2 zu § 1357; Soergel-Vogel Anm. 15 zu § 1357; RRGKomm 10, 11. Anm. 5 und 20 zu § 1357; Erman-Bartholomeyczik Anm. 6a zu § 1357. Heute herrschende Ansicht. Aus der neueren Rechtsprechung vgl. OLG Hamm MDR 51, 740 und FamRZ 1958, 465.

Ganz entsprechend diesen Regeln wird vom „Ruh“ bei der gesetzlichen Vertretungsmacht der Ehefrau aus § 1357 BGB gesprochen. Von dem Fall der Beendigung der ehelichen Gemeinschaft (durch Scheidung, Tod, etc.) wird der Fall unterschieden, daß die Schlüsselgewalt zwar fortbesteht, aber ruht. Ist ein gemeinschaftliches Hauswesen, zu dessen Leitung der Frau die Vertretungsmacht eingeräumt ist, nicht mehr vorhanden, so ist die Frau zur Ausübung der Schlüsselgewalt nicht mehr berechtigt, obwohl diese als solche fortbesteht.

3. Außer diesen beiden Ansichten wird noch die Auffassung vertreten, daß die Wirkungen der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht einheitlich festgestellt werden könnten, sondern daß differenziert werden müsse:

a) So wird unterschieden danach, ob die Frau den Mann verläßt oder der Mann die Frau. Hat die Frau den Mann verlassen, so soll die Schlüsselgewalt entfallen; dagegen soll sie unverändert fortbestehen, wenn der Mann die Frau verlassen hat⁵⁾. Diese Differenzierung muß allerdings im Hinblick auf das Außenverhältnis Bedenken erregen. Denn „einen grundsätzlichen Unterschied auf die Dauer zwischen dem Falle, wo der Mann, von dem Falle, wo die Frau sich entfernt, zu machen. würde zu einer schwer erträglichen Unsicherheit im Verkehre führen, da sich die Art, wie es zur Trennung gekommen ist, mit der Zeit immer schwerer erkunden läßt“⁶⁾.

Einige Autoren nehmen den Fortbestand der Schlüsselgewalt, solange die Frau den bisher gemeinsamen Haushalt weiterführt, nur zugunsten gutgläubiger Dritter an. Die Schlüsselgewalt soll also fingiert werden, solange der Gläubiger von der Trennung der Ehegatten keine Kenntnis hat; sie soll aber nicht auch zugunsten solcher Gläubiger fortbestehen, denen bekannt ist, daß die Eheleute getrennt leben⁷⁾. Die Formulierung, die Schlüsselgewalt verbleibe der Frau, falls der Mann sie (und die Kinder) verlassen hat, geht bei diesen Autoren über das Gemeinte hinaus.

Es wird jedoch auch die Auffassung vertreten, die Schlüsselgewalt bestehe schlechthin, also nicht nur bei Gutgläubigkeit des auf sie Vertrauenden, fort, wenn der Mann die Frau verlassen hat und diese den bisher gemeinsamen Haushalt fortführt⁸⁾.

Mit der Begründung, daß in einem solchen Falle der „häusliche Wirkungskreis“ der Frau fortbestehe, läßt sich die Auffassung freilich nicht rechtfertigen⁹⁾. In Betracht käme aber, der Frau die Schlüsselgewalt so

5) Zust von Sursee S. 27; Kainz S. 38, 42; Maurer S. 28.

6) Hamburg OLG 41, 46.

7) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 175; Dreyer Recht 1901, 307; Joerges S. 118 (Ziff. 3).

8) Braunschweig (S. 23) und Geilenkirchen (S. 32) meinen, der Mann könne der Frau nicht durch einseitige und willkürliche Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft Rechte schmälern oder nehmen. Es ist aber gerade die Frage, ob das Recht der Frau, den ehelichen gemeinschaftlichen Haushalt zu leiten und die hierfür erforderlichen Rechtsgeschäfte abzuschließen, nicht notwendig dadurch geschmälert wird, daß ein solcher gemeinschaftlicher Haushalt nicht mehr besteht — mag das Verhalten des Mannes auch zu mißbilligen sein. Vgl. Maurer S. 35.

9) z.B. Braunschweig OLG 43, 351; ähnlich, da der Haushalt weiterhin der „eheliche“ sei, Rosenfeld S. 21.

lange zu belassen, als sie vom Manne Unterhalt beanspruchen kann¹⁰⁾. Denn regelmäßig wird der Mann, der seine Frau verläßt, ihr unterhaltspflichtig sein.¹¹⁾

b) Damit berührt sich diese Auffassung mit der weiter zu besprechenden Ansicht, die darauf abstellt, ob der Unterhaltsgläubiger sich vom Unterhaltsschuldner getrennt hat oder umgekehrt. Im ersteren Falle soll die Schlüsselgewalt mit der Trennung entfallen, sonst dagegen soll sie fortbestehen¹²⁾.

c) Ebenfalls an die Unterhaltungspflicht knüpft an, wer die Gründe der Trennung für maßgebend hält. Hiernach soll die Schlüsselgewalt fortbestehen, wenn der Mann sich unberechtigt von seiner Frau getrennt oder diese den Mann berechtigt verlassen hat¹³⁾. Auch insoweit handelt es sich um Fallgestaltungen, in denen regelmäßig ein Unterhaltsanspruch der Frau gegeben sein wird.

Eine derartige Koppelung der Schlüsselgewalt mit der Frage der Unterhaltungspflicht ist jedoch bedenklich.

Zuzugeben ist allerdings, daß sich die Schlüsselgewalt historisch aus der Verpflichtung des Mannes, die Lasten der Ehe zu tragen, entwickelt hat, wozu auch die Verpflichtung gehört, der Frau Unterhalt zu gewähren¹⁴⁾. In der sogenannten „Hausfrauenehe“, die dem Gesetzgeber des BGB vorschwebte, hatte der Ehemann die zur Führung des Haushalts und zum weiteren Unterhalt der Familie erforderlichen Geldmittel bereitzustellen, während die Frau, sofern sich aus der güterrechtlichen Regelung nicht etwas anderes ergab, ohne Beisteuerung eigener Mittel den Haushalt führte. Daran, daß die Hausfrauenehe die Regel bildet, hat sich nichts geändert¹⁵⁾. An die Stelle der regelmäßig den Mann treffenden Verpflichtung zur Tragung der ehelichen Lasten ist jedoch nunmehr die gemeinsame und wechselseitige Verpflichtung der Ehegatten zur Bestreitung des Familienunterhaltes getreten¹⁶⁾. Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung in der Regel durch die Führung des Haushalts (§ 1360 Abs. 2 n.F. BGB). Reicht die Unterhaltsleistung, die der Mann erbringen kann, nicht aus, so muß die Frau auch ihrerseits Geld beisteuern, sei es aus ihrem Vermögen, sei es aus der anderweiten Verwertung ihrer Arbeitskraft. Diese Variationen der unterhaltsrechtlichen Situation lassen jedoch die Schlüsselgewalt grundsätzlich unberührt. Die Schlüsselgewalt kann deshalb nicht davon abhängen, ob der Frau ein Anspruch auf Unterhalt in Geld gegen den Mann zusteht.

10) So kommt Goldmann auf Grund der früher regelmäßigen Unterhaltungspflicht des Mannes zu der Annahme, bei Trennung bestehe die Schlüsselgewalt stets fort, gleichgültig, ob der Mann die Frau oder die Frau den Mann verlassen hat, S. 420. Maurer (S. 33) läßt die Schlüsselgewalt bei Trennung jedenfalls dann fortbestehen, wenn der Mann „nach wie vor seinen Beitrag zu dem Haushalt der Familie (!) leistet“.

11) Damit wird im französischen Recht die Auffassung begründet, bei der bloß tatsächlichen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft (*séparation de fait*) bestehe das mandat domestique grundsätzlich fort, siehe unten zu Fußnote 18 ff.

12) Erman-Gerstberger (2. Aufl.) Anm. 3 zu § 1357.

13) Dresden OLG 36, 196; Bergter S. 85 ff.

14) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 171; Lehmann S. 56; Joerges S. 86; Maßfeller-Reinicke Anm. 2 zu § 1357.

15) Peterseim FamRZ 56, 171.

16) Maurer S. 45.

Schon bisher war die Verknüpfung der Schlüsselgewalt mit der Frage, wer im Innenverhältnis die Lasten der Ehe zu tragen hat, unrichtig. Das zeigen die Vorschriften über die Tragung der ehelichen Lasten, wonach diese vom Güterstande abhing¹⁷⁾, während die Schlüsselgewalt vom Güterstand unabhängig war und ist. Aber auch die Verknüpfung der Schlüsselgewalt mit dem Unterhaltsanspruch der Frau ist abzulehnen, obwohl dieser Gedanke auch in den anderen Rechten begegnet.

Das französische Recht läßt bei der — unserer Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft entsprechenden — *séparation de fait* das Mandat der Frau grundsätzlich fortbestehen, es sei denn, die Frau hat den Mann unberechtigt verlassen. Dies entsprach sogar bereits vor der Novelle von 1942 der herrschenden Auffassung¹⁸⁾, obwohl bei Getrenntleben der Ehegatten eine Vermutung für ein mandat tacite des Ehemannes bei unvoreingenommener Betrachtung gewiß nicht mehr sprach¹⁹⁾. Vollkommen richtig wird bei der *séparation de corps* — ebenso wie bei der gerichtlichen Gestattung eines abgesonderten Wohnsitzes — das Erlöschen des mandat domestique mit der Erwägung begründet, dieses rechtfertige sich nur „par la nécessité d'assurer la vie du ménage et n'a plus de raison d'être lorsque les époux, tout en restant dans les liens du mariage, ne forment plus véritablement un ménage“²⁰⁾.

Die abweichende Beurteilung der *séparation de fait* erklärt sich aus der Verknüpfung des mandat der Frau mit ihrem Unterhaltsanspruch²¹⁾. Solange die Unterhaltspflicht besteht, solange besteht daher auch das mandat domestique²²⁾. Allerdings wird — anders als bei Bestehen der häuslichen Gemeinschaft, wo der Mann die Bezahlung von Haushaltsschulden auch dann nicht ablehnen kann, wenn die Frau ausreichendes Wirtschafts-

17) Siehe die §§ 1389, 1427, 1458, 1529 a.F. BGB.

18) Marty-Raynaud § 533 zu Note 3); Civ. 24 déc. 1917, D.P. 1921. 1. 13; Civ. 1er juin 1929, D.P. 1931. 1. 79; Boutard S. 113, 116.

19) „Il est fort douteux, pour ne pas dire invraisemblable, que ce mandat demeure lorsque la vie commune est suspendue, la confiance entre les époux disparue et l'entente conjugale rompue“, Boutard S. 113; deshalb erlischt nach Amiens 8 juin 1925, Gaz. Pal. 1925. 1. 574 bei der *séparation de fait* das mandat. Mit Recht warf Nast — in der Anmerkung zu der Entscheidung Trib. civ. de la Seine 11 juill. 1922, D.P. 1924. 2. 105 — der herrschenden Auffassung vor: „Il y a là un abus de fiction que de supposer que le mari donne à sa femme, en la quittant, mandat de faire tous les actes nécessaires à son entretien personnel“. Siehe auch Kipp S. 120. Die h. A. beharrte aber nicht nur auf der Unterstellung (da die Trennung nicht besage, „daß der Mann sich seiner Unterhaltspflicht entziehen wolle“, Steiniger S. 43), sie nahm sogar eine Erweiterung des Umfanges der Schlüsselgewalt der verlassenen Ehefrau an. Zwar ist auch im deutschen Recht immer der Ehefrau bei längerer Abwesenheit des Mannes (Krieg) eine über den normalen „häuslichen Wirkungskreis“ hinausgehende Vertretungsbefugnis zugestanden worden (§ 326 II 1 ALR; BVerwG FamRZ 56, 352 f; ebenso in Österreich: OGH SZ XXIV, 752 ff.); jedoch nur bei Intaktheit der ehelichen Beziehungen, nicht, wenn die häusliche Gemeinschaft aufgehoben war. Vgl. Maurer S. 61 ff. mit Nachweisen.

20) Marty-Raynaud § 533. Trib. de paix de Belfort 18 déc. 1953 D. 1954 J 52.

21) „Le pouvoir de la femme n'est . . . que la conséquence de l'obligation alimentaire“, Nast aaO (Fußnote 19).

22) „La femme doit continuer à représenter son mari, même si elle est, en fait, séparée de lui . . . , si la femme est restée au foyer avec ses enfants, les dépenses d'entretien de la famille existent encore“, Marino S. 32. Daher nimmt Trib. paix Paris 3 avr. 1957 D. 1957 somm. 113 Wegfall des mandat légal bei *séparation de fait* an, wenn ein „jugement a fixé la contribution du mari aux charges du mariage“.

geld erhalten hat²³⁾ — die Verbindlichkeit von Haushaltsgeschäften für den Mann abgelehnt, wenn die getrennt lebende Ehefrau eine — angemessene — Unterhaltsrente erhält²⁴⁾.

Wie die Schlüsselgewalt ist das mandat des französischen Rechts zunächst aus der Unterhaltungspflicht des Mannes entwickelt worden²⁵⁾, der nach Art. 214 a.F. c.civ. verpflichtet war, der Frau „tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie“ zu gewähren. Bereits in der Fassung des Gesetzes vom 18. 2. 1938 war jedoch die Ehefrau gemäß art. 214 Abs. 2 c.civ. in bestimmten Grenzen verpflichtet, zum Unterhalt beizutragen. Heute ist die Unterhaltungspflicht — wie nach § 1360 n.F. BGB — eine gemeinsame und wechselseitige: „Si le contrat de mariage ne règle pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils contribuent à celles-ci en proportion de leurs facultés respectives“, bestimmt art. 214 Abs. 1 n.F. c.civ. über die Tragung der ehelichen Lasten; für die Unterhaltungspflicht gilt das gleiche. Zwar obliegt die Unterhaltszahlung in erster Linie dem Manne, doch hat auch die Frau — in stärkerem Maße noch als nach dem BGB — Geld beizusteuern (art. 214 Abs. 2 und 3 n.F. c.civ.).

Diese Verknüpfung von Unterhaltsanspruch und Schlüsselgewalt ist jedoch verfehlt, weil der Anspruch der Frau auf Unterhalt und die Befugnis, den Mann rechtsgeschäftlich zu verpflichten sich sowohl nach ihren Voraussetzungen, als auch in ihrem sachlichen Umfang unterscheiden.

Die Schlüsselgewalt dient der Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens, zu dem — außer der Frau — auch Mann und Kinder gehören. Der Unterhaltsanspruch der Frau setzt aber ein gemeinschaftliches Hauswesen nicht voraus. Er besteht sogar, wenn die Frau in einem fremden Haushalt lebt (etwa bei ihren Eltern) und keinerlei häusliche Aufgaben erfüllt.

Zum Unterhalt ist auch die Frau verpflichtet. Gegenüber dem Mann folgt dies aus §§ 1360 ff. BGB²⁶⁾, gegenüber den Kindern aus §§ 1601 ff. BGB²⁷⁾. Die Schlüsselgewalt steht der Frau jedoch ohne Rücksicht auf die konkrete unterhaltsrechtliche Situation zu, gleichgültig ob und in welcher Form sie ihrer Verpflichtung genügt.

Der Unterhaltsanspruch der Frau besteht grundsätzlich bis zur Auflösung der Ehe. Trotz bestehender Ehe kann die Schlüsselgewalt jedoch fehlen. Das ist sogar im französischen Recht anerkannt, das im Bestreben, die sich aus der Mandats-theorie ergebenden Unsicherheiten auszugleichen, weiter geht als das deutsche Recht. Das Mandat fehlt z.B., wenn die Ehe-

23) „Le mari ne peut se faire décharger des obligations contractées par la femme pour des besoins du ménage ... en justifiant simplement qu'il lui a toujours remis les sommes nécessaires pour subvenir à ces dépenses“ Aubry-Rau S. 125/126 zu Note 54; Braunschweig S. 36; v. Seefeld S. 27.

24) Trib.civ. de la Seine 11 juill. 1922 D.P. 1924 2. 105; die Klage hatte hier Erfolg, weil die Unterhaltrente nicht als ausreichend angesehen wurde. Trib. paix de Paris 3 avr. 1957 D.P. 1957 somm. 113; Aubry-Rau S. 125 zu Note 53 m. Nachw. aus der älteren Rechtsprechung.

25) Kipp S. 25; Steiniger S. 19.

26) Frankreich: art. 212, 214 c.civ.; Schweiz: je nach Güterstand (Art. 192, 201, 216, 246 ZGB);

27) Frankreich: art. 203, 213, 382 c.civ.; Schweiz: Art. 272 ZGB — je nach Güterstand, s. Note 18); Österreich: §§ 139, 143 ABGB.

gatten während des Scheidungsverfahrens getrennt leben, obgleich auch dann der Mann grundsätzlich noch unterhaltspflichtig ist²⁸⁾). Das gleiche gilt im Falle der *séparation de corps* oder der Gestattung eines abgesonderten Wohnsitzes gemäß art. 215 Abs. 2 c.civ.²⁹⁾. Begründet wird dies damit, daß in allen diesen Fällen das Gericht eine Unterhaltsregelung treffen kann, wenn es dessen bedarf, so daß für ein Mandat der Frau kein Bedürfnis bestehe³⁰⁾. Auf dieses — aus der Verknüpfung mit der Unterhaltsregelung sich ergebende — „*système un peu confus*“³¹⁾ ist jedoch nicht weiter einzugehen. Jedenfalls gibt es auch innerhalb eines solchen Systems Fälle, in denen das Mandat der Frau nicht zusteht, obwohl der Mann — sei es auf Grund der allgemeinen Regeln, sei es infolge einer gerichtlichen Anordnung — zum Unterhalt verpflichtet ist.

Die Schlüsselgewalt besteht nur während der Ehe. Ein Unterhaltsanspruch der Frau kann aber auch nach Auflösung der Ehe begründet sein³²⁾.

Der Unterhalt erstreckt sich auf den gesamten Lebensbedarf. Die Schlüsselgewalt deckt jedoch nur die laufenden Haushaltsgeschäfte.

Im Innenverhältnis läßt sich daher die Schlüsselgewalt nicht einmal, wenn die Eheleute in häuslicher Gemeinschaft leben, generell an den Unterhaltsanspruch der Frau binden. Freilich läßt sich ebensowenig sagen, daß die Unterhaltssituation für Bestand und Umfang der Schlüsselgewalt generell ohne jede Bedeutung wäre³³⁾. Vollends verfehlt wäre aber die Verknüpfung von Schlüsselgewalt und Unterhaltsanspruch, wenn die Eheleute getrennt leben. Denn auch die Frau, die berechtigt getrennt lebt, steht dem gemeinschaftlichen ehelichen Hauswesen nicht mehr vor und kann daher keine Geschäfte mehr abschließen, die der Führung dieses Haushalts dienen. Sie hat nun das Recht, eine Unterhaltsrente nach § 1361 BGB zu verlangen. Da sie aber eine Unterhaltsrente verlangen kann, muß sie es tun „statt ihren Unterhalt durch Abschluß von Pseudo-Gemeinschaftsgeschäften zu fristen“³⁴⁾. Die Schlüsselgewalt dient der Führung des ehelichen Haushalts, nicht der Durchsetzung vermeintlicher oder wirklicher Ansprüche der Frau gegen den Mann³⁵⁾.

Die in der deutschen Rechtsprechung und Lehre heute herrschende Auffassung verdient daher Zustimmung: Solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist — gleichgültig von wem, aus welchem Grund und ohne Rücksicht auf die unterhaltsrechtliche Situation — ruht die Schlüsselgewalt.

²⁸⁾ Marty-Raynaud § 533 zu Note 2; Boutard S. 127; Trib. de paix de Belfort 18 déc. 1953 D. 1954. 52.

²⁹⁾ Planiol-Ripert 2152; Marino S. 33; Marty-Raynaud § 533 zu Note 1 und 2.

³⁰⁾ Boutard S. 127; inkonsequent aber S. 124, wonach das Mandat bei Gestattung des abgesonderten Wohnsitzes fortbestehen soll, „à moins que le tribunal n'ait condamné le mari à payer une pension alimentaire“.

³¹⁾ Boutard S. 128.

³²⁾ Früher §§ 1578 ff EGB; heute §§ 58 ff EheG; Österreich: §§ 66 ff EheG 38; Schweiz: Art. 151 ff ZGB; Frankreich: art. 301 c.civ. Ob dieser Anspruch mit dem ehelichen Unterhaltsanspruch identisch ist (zu der bekannten Streiffrage Müller-Freienfels Ehe S. 183 ff), spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

³³⁾ Dazu siehe unten S. 40 f.

³⁴⁾ Lemp in Berner Kommentar N. 5 zu Art. 163 ZGB.

³⁵⁾ Müller-Freienfels SG S. 417; v. Seefeld S. 23; Ganse S. 27; Maurer S. 34.

D. Zulässigkeit des Gutgläubensschutzes

Ehe erörtert wird, ob und welche Möglichkeiten bestehen, das Vertrauen auf das Vorliegen der Schlüsselgewalt zu schützen, ist zu prüfen, ob hierfür ein Bedürfnis vorhanden ist und ob § 1357 BGB nach seinem Sinn einen derartigen Schutz gestattet.

I. Das Bedürfnis

Ein Schutz des gutgläubigen Vertrauens auf das Bestehen der Schlüsselgewalt kann jedenfalls nur dann in Betracht gezogen werden, wenn das Gesetz keine Möglichkeit bietet, eine Haftung des Ehemannes bei mangelnder Schlüsselgewalt auf andere Weise zu begründen.

1. In der Rechtsprechung¹⁾ sind häufig die Regeln über die „Geschäftsführung ohne Auftrag“ herangezogen worden, um im Außenverhältnis eine Haftung des Ehemannes für Geschäfte seiner Frau dann zu begründen, wenn die Eheleute getrennt leben. Praktisch geworden ist dies vor allem bei der Frage, ob der Arzt oder das Krankenhaus bei Behandlung der Frau oder der Kinder Bezahlung vom getrennt lebenden Manne verlangen können (§§ 683, 670 BGB). Die Frage ist bis zur Gegenwart häufig von den Gerichten zu behandeln gewesen.

Ausgangspunkt muß dabei die Überlegung sein, ob das Geschäft nicht nach § 1357 BGB für den Mann verbindlich ist. Deshalb wäre es unrichtig, eine erlaubte Geschäftsführung für den Ehemann darum anzunehmen, weil die Zuziehung des Arztes durch die Frau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt liege²⁾.

Ob die Schlüsselgewalt die Frau berechtigt, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, ist umstritten. Überwiegend wird die Frage — teilweise mit gewissen Einschränkungen bezüglich der Höhe der entstehenden Aufwendungen — bejaht³⁾. Dem ist insoweit zuzustimmen, als es sich um ärztliche Hilfe für die Kinder handelt. Zweifelhaft ist dagegen, ob auch die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe für die Ehefrau unter die Schlüsselgewalt

1) Auch im österreichischen Recht wird der den §§ 683, 670, 679 BGB entsprechende § 1042 ABGB herangezogen, um die Haftung des Ehemannes für Arztkosten zu begründen (GIUNF 3777), jedoch wird offenbar nicht scharf unterschieden, ob sich die Haftung des Mannes nicht bereits aus der Schlüsselgewalt ergibt (siehe Kapfer Anm. 33 zu § 92 ABGB, Anm. 39 zu § 1042 ABGB). Das französische Recht bedient sich dagegen der „gestion d'affaires“, um zur Haftung des Mannes gerade dann zu gelangen, wenn die Frau ihn nicht kraft des mandat domestique verpflichten kann (Trib. paix Toulouse 26 oct. 1932 D.P. 1933. 2. 107; Boutard S. 57).

2) So allerdings LG Hagen FamRZ 1958, 466.

3) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 171; Palandt-Lauterbach Anm. 2 b; RGRKomm 10/11. Anm. 7; Erman-Bartholomeyczik Anm. 6 b zu § 1357; Beitzke MDR 1951, 262; LG Wiesbaden FamRZ 1956, 287; LG Hagen — bei verhältnismäßig geringen Rechnungsbeträgen — FamRZ 1958, 466; Arnold FamRZ 1958, 194 5; v. Seefeld — aber nicht bei außerordentlichen Eingriffen — S. 32; Maurer S. 51.

fällt. Freilich kann „nur die gesunde Frau den Haushalt führen“⁴⁾; dennoch ist die Zuziehung eines Arztes insoweit keine, den Familienunterhalt betreffende Besorgung, „deren besondere Beschaffenheit auf die Erledigung durch die Frau hinweist“⁵⁾. Nicht weil sie den Haushalt führt, sondern ohne Rücksicht darauf begibt sich die kranke Frau in ärztliche Behandlung. Die Zuziehung eines Arztes für die Frau gehört daher ihrer Privatsphäre an und fällt nicht unter die Schlüsselgewalt⁶⁾.

Abzulehnen ist die Auffassung⁷⁾, die den Arztvertrag als „Geschäft mit dem, den es angeht“ für den unterhaltspflichtigen Ehemann verbindliche sein lassen will. Mit der Figur des Geschäfts für den, den es angeht, wird der Rechtserwerb bei mittelbarer Stellvertretung erklärt⁸⁾. Sie kann die fehlende Vertretungsmacht nicht ersetzen⁹⁾.

Der Anspruch aus §§ 683, 670 BGB setzt zunächst voraus, daß der Geschäftsführer (Arzt, Krankenhaus) mit der Behandlung ein Geschäft geführt hat, das mindestens auch ein Geschäft des Ehemannes ist, § 677 BGB. Die Verpflichtung des Mannes, Frau und Kinder ärztlich behandeln zu lassen und für die Aufnahme in ein Krankenhaus zu sorgen, ergibt sich aus seiner Unterhaltspflicht. Die Kosten notwendiger ärztlicher Behandlung gehören schon zum notdürftigen Unterhalt¹⁰⁾. Arzt und Krankenhaus führen daher ein Geschäft des unterhaltspflichtigen Mannes, vorausgesetzt allerdings, daß die Behandlung erforderlich ist, § 681 BGB.

Voraussetzung ist weiter, daß der Geschäftsführer das Geschäft mindestens auch für den Mann, nicht nur als eigenes führen will (arg. § 687, Abs. 1 BGB). Da dem nach der Rechtsprechung nicht entgegensteht, daß der Geschäftsführer zugleich einer gegenüber Dritten übernommenen Vertragspflicht (hier: der Pflicht aus dem Behandlungsvertrag mit der Ehefrau) nachkommt und die Person des Geschäftsherrn nicht bekannt zu sein braucht¹¹⁾, wird auch diese Voraussetzung regelmäßig erfüllt sein.

Im Interesse des Mannes liegt eine derartige ärztliche oder Krankenhausbehandlung, wenn sie objektiv erforderlich und unaufschiebbar ist,

4) Erman-Bartholomeyczik aaO.

5) RGZ 61, 80.

6) Palandt-Lauterbach 9.—16. Auflage Anm. 2 zu § 1357; später aufgegeben (siehe Note 3); RGRKomm. Anm. 4 zu § 679; Krüger-Breetzke-Nowack Anm. 6 zu § 1357; Heesen MDR 1948, 238; Döring FamRZ 1958, 358 ff.; LG Hagen JR 1951, 440; LG Stuttgart NJW 1961, 972.

7) LG Berlin FamRZ 1955 267/8.

8) Enneccerus-Nipperdey S. 1101.

9) Mit Recht vermissen daher Bosch und Boehmer in ihren Anmerkungen zu dem Urteil (Note 7) die Auseinandersetzung mit § 1357, FamRZ 1955, 268 f. Abzulehnen ist auch die Auffassung Bertzels (AcP 158, 116 und NJW 1962, 2280 ff.), der „Notgeschäftsführer“ besitze eine gesetzliche Vertretungsmacht für den Geschäftsherrn. Nach dieser Ansicht verpflichtete die Frau, die ja mit der Zuziehung eines Arztes, wenn diese nicht unter die Schlüsselgewalt fällt, auch unbeauftragt ein Geschäft des Mannes führt, als „Notgeschäftsführerin“ den Mann. Die Geschäftsführung ohne Auftrag des BGB regelt jedoch das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr. Sie bestimmt nicht, daß der Geschäftsführer zur Vertretung nach außen berechtigt wäre. Die von Bertzel ausführlich besprochenen gesetzlichen Fälle, in denen der Geschäftsführer vertretungsberechtigt ist, lassen eine Verallgemeinerung nicht zu (S. auch Staudinger-Nipperdey Anm. 24 der Vorbem. zu § 677).

10) LGAachen MDR 1950, 378; LGHagen JR 1951, 440.

11) Palandt-Gramm, Anm. 2 b zu § 677; BGHZ 33, 254.

stets, da sie für ihn alsdann objektiv nützlich ist¹²⁾; denn falls der Geschäftsführer nicht tätig würde, müßte der Ehemann die Behandlung später gleichwohl, dann aber womöglich mit verminderten Erfolgsaussichten, durchführen lassen.

Dem Willen des Mannes braucht die Behandlung gemäß § 679 BGB nicht zu entsprechen, da ohne die Geschäftsführung seine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

Nach dem Gesagten ist der Anspruch aus §§ 683, 670 BGB begründet, wenn die Behandlung objektiv notwendig und unaufschiebbar ist und wenn weiter der Ehemann Unterhalt leisten muß. Da der Anspruch allein an die Unterhaltspflicht des Mannes anknüpft, ist er unabhängig davon, ob die Ehe (noch) besteht. Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag kann daher begründet sein, auch wenn die Ehe z.B. geschieden ist.

Dieser Anspruch steht dem Dritten zu, wenn es sich um ein Geschäft handelt, für das der Mann im Rahmen seiner Unterhaltspflicht aufkommen muß, das aber außerhalb des „häuslichen Wirkungskreises“ der Ehefrau liegt und deshalb nicht unmittelbar für und gegen ihn wirkt (§§ 164; 177 184; 1357 BGB). Unerheblich ist, ob die Ehe besteht oder nicht, ob die Eheleute in häuslicher Gemeinschaft leben oder getrennt. Unerheblich ist auch Kenntnis oder Unkenntnis des Dritten.

Der Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 683, 670 BGB ist aber anders als der Anspruch auf Erfüllung eines nach § 1357 BGB für den Mann verbindlichen Geschäftes in doppelter Hinsicht der Höhe nach beschränkt: Es besteht nach §§ 683, 670 BGB stets nur ein Anspruch auf die übliche Vergütung, die niedriger sein kann als die vom Dritten mit der Ehefrau vereinbarte; der Anspruch besteht ferner gegenüber dem Ehemann nur bis zur Höhe seiner Unterhaltsverpflichtung¹³⁾.

Der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag steht dem Dritten außerdem nur dann zu, wenn das Geschäft unaufschiebbar und objektiv erforderlich war, da andernfalls § 679 BGB nicht eingreift, der Anspruch also an einem entgegenstehenden Willen des Ehemannes scheiterte.

Aus allen diesen Gründen hilft die erörterte Anspruchsgrundlage nur einem kleinen Teil von Gläubigern, während sie gerade denjenigen, die mit der Ehefrau Geschäfte des täglichen Lebens abschließen, nicht zustatten kommt.

Aber auch im Innenverhältnis würde es nicht genügen, daß der Ehemann der auf ihre gesetzliche Vertretungsmacht vertrauenden Ehefrau, die — wenn auch berechtigt — als Geschäftsführerin ohne Auftrag für ihn tätig wird, aus den §§ 683, 670 BGB verpflichtet ist. Denn die Frau bliebe dem Gläubiger aus dem mit ihm abgeschlossenen Vertrag verpflichtet¹⁴⁾

12) Palandt-Gramm, Anm. 2 zu § 683.

13) Also insbesondere dann nicht, wenn der Mann seiner Unterhaltspflicht durch Zahlung einer Geldrente nachkommt, Brückmann JW 06, 79; LG Berlin, NJW 60, 1390.

14) Palandt-Gramm Anm. 2 zu § 677; anders nur, wenn man Bertzel (Fußnote 9) folgen könnte.

und hätte — mangels einer besonderen Vereinbarung — nicht einmal die Möglichkeit, den Gläubiger dazu zu zwingen, anstelle des vertraglichen Anspruchs gegen sie den Ersatzanspruch aus §§ 683, 670 BGB gegen den Mann geltend zu machen und durchzusetzen.

Schließlich aber bedeutet die Zubilligung eines Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag keine entscheidende Verbesserung der Rechtsstellung dessen, der auf die Schlüsselgewalt vertraut. Wirtschaftlich betrachtet ist das Ergebnis kein anderes, als wenn die Frau ihren Unterhaltsanspruch abtritt, soweit dies zulässig (§ 400 BGB, § 850 b ZPO) und zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist, oder als wenn der Gläubiger — was allerdings einen Kosten verursachenden Titel voraussetzt¹⁵⁾ — in den Unterhaltsanspruch der Frau gegen den Mann vollstreckt (§ 829 ZPO).

2. Man könnte noch erwägen, ob der Ehemann unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung — wegen Ersparung von Aufwendungen, die er im Rahmen seiner Unterhaltspflicht hätte machen müssen — für Verbindlichkeiten haftbar gemacht werden kann, die die Ehefrau eingegangen ist¹⁶⁾. Die Frage braucht indessen hier nicht weiter verfolgt zu werden, da auch nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen eine Heranziehung des Ehemannes über seine Unterhaltspflicht hinaus nicht erreicht würde.

Das Gesetz bietet danach zwar die Möglichkeit, den unterhaltspflichtigen Ehemann zur Zahlung von Verbindlichkeiten, die die Frau begründet hat, in gewissem Umfang auch außerhalb des § 1357 BGB heranzuziehen. Ungelöst bleiben jedoch die Fälle, in denen der Ehemann nicht unterhaltspflichtig ist oder seiner Unterhaltspflicht durch Zahlung einer Rente (§ 1361 BGB) an die Frau nachkommt, ferner die Fälle, in denen es sich um Rechtsgeschäfte handelt, aus denen ein Aufwendungsersatzanspruch nicht entsteht, weil sie gegen den — wirklichen oder mutmaßlichen — Willen des Ehemannes ohne seine Zustimmung vorgenommen werden, obwohl sie nicht unaufschiebbar sind (§§ 679, 681 BGB), und schließlich alle Fälle, in denen das Geschäft nicht dem Manne nützt, also nicht in seinem Interesse liegt (§ 683 BGB), sondern allein im Interesse der Frau.

¹⁵⁾ Nach französischem Recht braucht der Gläubiger keinen Titel, wenn er die Unterhaltsforderung der Frau nach art. 1166 c.civ. geltend machen will (Reg. 8 juill. 1901 D.P. 1901. 1. 498). Diese sog. *action oblique* ist deshalb in diesem Zusammenhang auch erörtert worden; sie führt jedoch nicht weiter.

¹⁶⁾ KG OLG 23, 405; vorausgesetzt „les dépenses de la femme aient profité au mari, puisque, grâce à elles, elle a été vêtue conformément à son rang social, il doit être tenu de ces dettes ... jusqu'à concurrence de son enrichissement“. Paris 30 nov. 1899 D.P. 1900. 2. 105; Trib. civ. Seine 27 avril 1931 D.H. 1931 p. 374.

II. Die ratio des § 1357 BGB.

Es ist deshalb zu fragen, ob und inwieweit ein Schutz des Vertrauens auf die Schlüsselgewalt, für den nach dem Gesagten ein praktisches Bedürfnis vorhanden ist, mit § 1357 BGB vereinbart werden kann.. Schon die Frage des „ob“ ist umstritten, wobei allerdings in der Regel nur das Aussehenverhältnis erörtert wurde.

1. Nach der einen Auffassung kann der gute Glaube Dritter an das Bestehen der Schlüsselgewalt niemals zu einer Haftung des Ehemannes führen. Teilweise wird zur Begründung nur auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg verwiesen¹⁾. Diese Entscheidung lehnt allerdings eine Anwendung der für den Ausschluß oder die Beschränkung der Schlüsselgewalt geltenden Grundsätze (§ 1357 Abs. 2 BGB) auf den Fall der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft ab. Zweifelhaft ist aber, ob die Entscheidung auf der Ablehnung jeglichen Gutglaubenschutzes beruht. Es heißt in den Entscheidungsgründen:

„Jedenfalls könnten zur entsprechenden Anwendung nur die für das Erlöschen einer Vollmacht gegebenen §§ 169, 170 herangezogen werden“.

In dem zu entscheidenden Falle hatte der Gläubiger vor der Bestellung erfahren, daß die Eheleute in Scheidung lagen. Unter diesen Umständen „hätte es doch sehr nahegelegen, anzunehmen oder durch weitere Nachfrage zu erkunden“, daß die Eheleute getrennt lebten. Der Gläubiger mußte also jedenfalls den Mangel der Vertretungsmacht kennen, so daß er nach § 173 BGB nicht zu schützen war. Der Satz „Dritte schützen sich durch Erfüllung ihrer Erkundungspflicht“, mit dem ein Gutglaubenschutz schlechthin abgelehnt wird²⁾, läßt sich daher aus dem angeführten Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg nicht rechtfertigen.

Die ablehnende Haltung gegenüber einem Schutz gutgläubiger Dritter wird jedoch auch damit begründet, daß der Gutglaubenschutz in § 1357 Abs. 2 BGB abschließend geregelt sei.

Nach Wetzel³⁾ ist § 1357 Abs. 2 BGB als Ausnahme von der Regel, daß Dritte die Prüfung der Vertretungsbefugnis auf eigene Gefahr vorzunehmen haben, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs gegeben. Maßgebend sei hierfür die Erwägung, daß eine „natürliche Vermutung“ für die Vertretungsbefugnis der Frau spreche, solange die Ehegatten zusammenleben. Für die Frage, ob die Schlüsselgewalt „durch die Trennung, also eine äußerlich leicht erkennbare Tatsache“ entfallen sei, träfe diese Erwägung nicht zu⁴⁾.

1) OLG 41, 45; so Dernburg S. 118; Wetzel S. 131; RGRKomm 10/11. Anm. 24 zu § 1357; Achilles-Greif-Beitzke Anm. 2 zu § 1357; Erman-Bartholomeyczik Anm. 6a zu § 1357.

2) RGRKomm und Achilles-Greif-Beitzke aaO (Fußnote 1)

3) aaO S. 131.

4) Ähnlich argumentiert Braunschweig (S. 25/26): „Der Dritte hat zu prüfen, ob die Ehegatten in gemeinsamem Haushalt leben, was keine großen Schwierigkeiten bietet. Er hat ja auch zu prüfen, ob die Frau den Umfang ihrer Vertretungsbefugnis nicht überschreitet“. Gerade für den Umfang gilt indessen nach Art. 163 Abs. 2 ZGB, was Dritten erkennbar ist. Vgl. auch Trib. parit. arrond. Avesnes 1^{er} mars 1956 D. 1956 somm. 140.

Hieran ist zunächst nicht richtig, daß Dritte die Vertretungsmacht stets auf eigene Gefahr prüfen müßten⁵⁾. Das gilt jedenfalls eindeutig nicht für die offene Vollmacht (§§ 170 ff BGB), die der Vertretungsmacht kraft Gesetzes eher vergleichbar sein dürfte⁶⁾.

Ob man im übrigen aus § 1357 Abs. 2 BGB den Schluß ziehen muß, daß in anderen als den dort genannten Fällen der gute Glaube Dritter unbeachtlich sein soll, erscheint zweifelhaft. Die Interessenlage ist im Falle der Trennung der Eheleute keine andere als in den Fällen des § 1357 Abs. 2 BGB. Angesichts des § 1353 BGB spricht eine „natürliche Vermutung“⁷⁾ eher dafür, daß die Ehegatten, solange die Ehe besteht, zusammen leben. Und daß die Tatsache der Trennung ein leicht erkennbarer Vorgang wäre, „ein so markanter, äußerer Vorgang, wie er kaum irgendwo im Rechtsleben vorkommt“⁸⁾, kann sicher nicht mehr behauptet werden, nachdem, wie oben⁹⁾ dargelegt, die Rechtsprechung hierfür auf subjektive Kriterien abstellt und nachdem insbesondere in den veränderten modernen Lebensverhältnissen (Großstadt) Möglichkeit¹⁰⁾ und Zumutbarkeit¹¹⁾ der Information über das Zusammenleben der Ehegatten häufiger zu verneinen als zu bejahen sein werden¹²⁾.

Daß § 1357 Abs. 2 BGB als „Ausnahmeschrift“ den Schutz gutgläubiger Dritter in anderen als den dort aufgeführten Fällen schlechthin verbiete, kann daher nicht gesagt werden¹³⁾.

2. Von der Interessenlage aus bejahen andere Autoren grundsätzlich die Zulässigkeit eines Gutglaubensschutzes¹⁴⁾.

So führt Dreyer¹⁵⁾ aus:

-
- 5) Im Gegenteil heißt es in den Motiven I S. 244, „daß dem Dritten eine besondere Verpflichtung, über das Vorhandensein der Vertretungsmacht Erkundigungen einzuziehen, nicht angeschlossen werden kann“.
- 6) Darüber unten S. 46 f.
- 7) Wetzel aaO S. 131.
- 8) Wetzel S. 132.
- 9) S. 22 f.
- 10) Menzel S. 612.
- 11) Müller-Freienfels SG S. 417; Ganse S. 28; Maurer S. 37.
- 12) Ob die Eheleute getrennt leben, ist ein die Privatsphäre der Ehegatten betreffender Umstand, über den Nachforschungen anzustellen oder aus dem Schlüsse zu ziehen „ein Dritter weder als berechtigt noch als verpflichtet angesehen werden kann“ (OGH SZ XXXI, S. 294 ff.). Selbst wenn man jedoch grundsätzlich eine Erkundigungspflicht annehmen wollte, blieben im Einzelfalle die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. „Il est évident que la rapidité des relations commerciales d'une part, et l'impossibilité pour les fournisseurs, surtout dans les grandes villes, de se renseigner sur l'état civil de chacun de leurs clients, d'autre part, empêchent de pouvoir considérer qu'en ne le faisant pas, les commerçants ont commis une faute“, Boutard S. 101.
- 13) Einen Umkehrschluß in der anderen Richtung zieht Goldmann (S. 420): Während nach § 1357 Abs. 2 BGB die Kenntnis der Ausschließung dem Dritten schade, könne dies bei Kenntnis der Trennung nicht gelten, da der Gesetzgeber diese Gleichstellung, wenn er sie wollte, zum Ausdruck gebracht hätte. Der Gesetzgeber hat aber überhaupt nicht zum Ausdruck gebracht was bei Trennung der Eheleute gelten soll, dies vielmehr ausweislich der Motive (IV S. 118) bewußt der Rechtsprechung überlassen. Dieser Umkehrschluß ist daher ebenfalls abzulehnen.
- 14) Dreyer, Recht 01, 307; Warneyer Anm. zu § 1357; Joerges S. 118; Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 175; Lehmann FamR., S. 58; Menzel S. 64 ff.; offenbar auch Staudinger-Engelmann, Anm. 2 b zu § 1357; Müller-Freienfels, SG S. 390, 417; OLG Hamburg, OLG 2, 368.
- 15) Dreyer S. 308; ähnlich Menzel S. 612/3.

„Treu und Glauben verlangen, daß jeder, der Verträge mit einer Ehefrau innerhalb der Schlüsselgewalt (objektiv) abschließt, falls er von der Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens keine Kenntnis hat, von dem Ehemann Erfüllung erwarten und fordern kann, falls nicht der letztere die gesetzlichen Mittel¹⁶⁾ angewendet hat, diese Haftung auszuschließen.“

Denn Dritten ist „die Tatsache, daß eine häusliche Gemeinschaft zwischen den Ehegatten nicht besteht, nicht ohne weiteres erkennbar“¹⁷⁾, vor allem deshalb nicht, weil Abwesenheit und Getrenntleben sich durch die Willensrichtung des oder der Ehegatten unterscheiden.

3. Die Schlüsselgewalt gibt der Ehefrau die Kompetenz, den Mann — vom Fall der Ausschließung oder Beschränkung, § 1357 Abs. 2 BGB, abgesehen, unabhängig von seinem Willen — zu verpflichten. § 1357 BGB stärkt damit die Stellung der Frau als Leiterin des Haushalts und stellt sie, besonders nach Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes, vom Willen des Ehemannes im Einzelfalle frei („eigene Verantwortung“ § 1356 BGB). Die Schlüsselgewalt sichert daher der Frau Selbständigkeit und die Gewähr, daß der Mann für Geschäfte innerhalb des sachlichen Rahmens ihres häuslichen Wirkungskreises aufkommen muß. Insoweit dient die Schlüsselgewalt unzweifelhaft den Interessen der Frau¹⁸⁾.

Hierin erschöpft sich die Bedeutung der Schlüsselgewalt jedoch nicht. War die Vertretungsbefugnis der Ehefrau kraft vermuteten Mandats insbesondere für Dritte u.U. mit einer gewissen Unsicherheit verbunden, so bedeutet die Schlüsselgewalt als Vertretungsmacht kraft Gesetzes eine klare und sichere Regelung, durch die gerade dieser Unsicherheit im Geschäftsverkehr abgeholfen werden soll¹⁹⁾.

Für die Bedeutung, die gerade den Interessen des Geschäftsverkehrs im Rahmen des § 1357 BGB zukommt, sprechen vor allem folgende Überlegungen:

Nach § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB wird aus Schlüsselgewaltsgeschäften der Mann stets verpflichtet, wenn sich nicht aus den Umständen ergibt, daß die Ehefrau sich selbst verpflichten will. Diese Umkehr der Regel des § 164 Abs. 2 BGB dient der Klarheit und Sicherheit des Geschäftsverkehrs. Sie ist erforderlich, weil naturgemäß die Ehefrau bei ihren täglichen Besorgungen nicht jeweils andeutet, daß sie als Vertreterin des Mannes handeln wolle, geschweige denn, daß sie „im Namen“ des Ehemannes handelte.

Das Schweizer Recht, das eine dem § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Bestimmung nicht kennt, behandelt — den Notwendigkeiten der täglichen Praxis folgend — die Frage ebenso. Geschäfte, die ihrem sachlichen Inhalt nach Gemeinschaftsgeschäfte sind, verpflichten die Gemeinschaft, es sei denn, die Frau erklärte ausdrücklich, sie wolle sich oder den

¹⁶⁾ Siehe unten S. 62 ff.

¹⁷⁾ OLG 2, 368.

¹⁸⁾ Planck AcP 75, 353.

¹⁹⁾ Geilenkirchen S. 12. Die Gläubigerinteressen betonen auch Zust von Sursee S. 19 ff., Kainz S. 45 und Ganse S. 23.

Ehemann persönlich verpflichtet²⁰⁾. Im österreichischen Recht ist die Frage nicht unbestritten. Manche²¹⁾ schließen aus der Natur der vermuteten rechtsgeschäftlichen Vollmacht, daß die Frau ausdrücklich „im Namen“ des Ehemannes handeln müsse, wenn sie nur ihn und nicht — zugleich oder allein — sich selbst verpflichten will. Jedenfalls aber — und das ist für die Gläubiger entscheidend — ist auch im österreichischen Recht anerkannt, daß der Mann stets neben der Frau haftet, wenn die Frau nicht ausdrücklich erklärt, nur für sich handeln zu wollen. „Wenn es sich um dem täglichen Bedarf dienende Anschaffungen handelt, sind solche durch die Schlüsselgewalt der Frau gedeckt und die Ehefrau muß solche Geschäfte, um den Mann zu verpflichten, nicht ausdrücklich in seinem Namen abschließen“²²⁾.

Für das französische Recht wird die Auffassung vertreten²³⁾, der Mann könne nur in Anspruch genommen werden, wenn das Geschäft gerade im Hinblick auf seine Haftung abgeschlossen wurde; die Frau müsse deshalb ausdrücklich au nom du mari gehandelt haben²⁴⁾. Diese Forderung stand jedoch schon mit der Lehre vom vermuteten Mandat nicht recht in Einklang, da diese Vermutung von der Praxis sonst wie eine Fiktion behandelt und demzufolge die Haftung des Mannes stets angenommen wurde, wenn die Geschäfte sachlich in den Bereich der besoins du ménage fielen. Seit diese Geschäfte kraft Gesetzes für den Ehemann verbindlich sind — art. 220 Abs. 2 c.civ. — dürfte das Erfordernis des Handelns au nom du mari nicht mehr aufrechterhalten werden.²⁵⁾

Es ergibt sich jedenfalls, daß — im Interesse Dritter — Rechtsgeschäfte, die sachlich im Rahmen der Schlüsselgewalt liegen, stets für den Mann verbindlich sind, wenn etwas anderes nicht ausdrücklich erklärt wird.

Eine entscheidende Verbesserung der Stellung der Haushaltsgläubiger ist schließlich mit der subsidiären Haftung der Frau des zahlungsunfähigen Mannes eingeführt worden.

Da die vertragschließende Ehefrau bei Zahlungsunfähigkeit des Mannes nunmehr jedenfalls subsidiär haftet (§ 1357 Abs. 1 Satz 2), kann es für den Gläubiger weiter nur günstig sein, wenn der Ehemann aus Geschäften im Rahmen der Schlüsselgewalt stets verpflichtet wird, auch, wenn der Dritte überhaupt nicht wußte, daß er eine Ehefrau vor sich hatte²⁶⁾. Das ist zwar nicht unbestritten²⁷⁾; im Interesse der Klarheit verdient aber diese Ansicht, die die objektive Zugehörigkeit des Geschäfts zu den Hausgeschäften entscheiden läßt, Zustimmung.

20) Lemp, Berner Kommentar Anm. 5 zu Art. 163 ZGB.

21) Wentzel in Klang Zusatz II 3 zu § 92 ABGB; Kapfer Anm. 39 zu § 92 ABGB

22) OGH SZ XII, 901 f.; auch SZ XIII, 756 f; SZ XXXI, 294 ff.

23) Aubry-Rau S. 125.

24) Montpellier 3 nov. 1925 D.P. 1927. 2. 16.

25) Vielleicht in diesem Sinne sagen Colin-Capitant No. 1082 von der verheirateten Frau „lorsqu'elle contracte pour les besoins du ménage, elle ne peut contracter qu'au nom du mari.“

26) Müller-Freienfels, VR S. 19; Beitzke S. 50; Neumann-Duesberg JR 1950, 333.

27) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 173 Note 14.

Drittinteressen dient auch Art. 16 EGBGB, wonach im Rechtsverkehr mit ausländischen Ehegatten § 1357 BGB Anwendung findet, soweit er für Dritte günstiger ist als die entsprechende Regelung des ausländischen Rechts²⁸⁾.

Bei der Bestimmung des sachlichen Umfangs der Schlüsselgewalt sind die Interessen Dritter auch stets berücksichtigt worden. Es entspricht allgemeiner Meinung, daß von der Schlüsselgewalt alle Geschäfte gedeckt werden, die nach dem äußeren Lebenszuschnitt objektiv als in den häuslichen Wirkungskreis der Ehefrau fallend zu betrachten sind²⁹⁾. § 1357 gibt „jedem Dritten eine Gewähr, daß er sich auf Geschäfte, die in ihrer Art dem häuslichen Wirkungskreis der Frau angehören, im Vertrauen auf deren Verbindlichkeit für den Mann mit der Frau einlassen darf. Dem Dritten gegenüber können aber zum Ausweise über die Tragweite dieser Ermächtigung nur solche Tatsachen dienen, die ihm entweder beim Vertragsschlusse bekannt waren, oder die bei verkehrsbüblicher Aufmerksamkeit seiner Wahrnehmung nicht entgehen durften“³⁰⁾.

Dabei handelt es sich um den Schutz des guten Glaubens Dritter. Die Berufung auf den äußeren Lebenszuschnitt hilft dem nicht, der die wahren Vermögensverhältnisse der Ehegatten kennt und weiß, daß der äußere Zuschnitt diese übersteigt. Andererseits wird der Dritte geschützt, wenn die Frau Geschäfte abschließt, die zwar qualitativ zu ihrem häuslichen Wirkungskreis gehören, ihn aber quantitativ überschreiten, ohne daß dies dem Dritten bekannt oder erkennbar war. Das ist etwa der Fall, wenn die Frau Geschäfte abschließt, die zwar dem äußeren Lebenszuschnitt, aber nicht den wahren Verhältnissen der Ehegatten entsprechen³¹⁾, oder wenn sie bei verschiedenen Gläubigern Geschäfte abschließt, deren jedes für sich ge-

28) Die Streitfrage, ob § 1357 BGB in jedem Falle anzuwenden ist, wenn er günstiger ist (so Planck Anm. 4 a zu Art. 16; M. Wolff IPR S. 201), wofür der Wortlaut spricht, oder nur dann, wenn der Dritte von Geltung und Inhalt der ausländischen Regeln keine Kenntnis hat (so Soergel (8. Aufl.) Anm. V 1 zu Art. 16), kann hier offen bleiben. Es genügt zu sehen, daß der Gutgläubige geschützt wird. Nachteilig kann den Gläubigern § 1357 niemals sein, da er dann gemäß Art. 16 EGBGB nicht anzuwenden wäre.

29) RGZ 61, 78 (83); RG Gruchot 52, 673; Frankfurt OLG 16, 205; München OLG 21, 212; KG OLG 34, 248; Hamburg OLG 40, 65; LG Hagen FamRZ 58, 466; LG München NJW 61 677; Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 172/3; Palandt-Lauterbach, Anm. 2 b zu § 1357. In Frankreich blieb es wie bei uns der Rechtsprechung überlassen, diesen Grundsatz der Maßgeblichkeit des äußeren Lebenszuschnitts für den Umfang der Schlüsselgewalt zu entwickeln. Auch dort deckt die Schlüsselgewalt alle Geschäfte, sofern nicht ein „excès manifeste, exclusif de la bonne foi des marchands“ vorliegt. (Aubry-Rau S. 126 zu Note 54-2). Demgegenüber ist der Grundsatz in der Schweiz im Gesetz selbst ausgesprochen. Die Schlüsselgewalt umfaßt nach Art. 163 Abs. 2 ZGB alle Geschäfte, die nicht „in einer für Dritte erkennbaren Weise“ über die Fürsorge für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes hinausgehen.

30) RGZ 61, 78 (83).

31) RGZ 61, 78. Streitig ist, ob sich auf den äußeren Zuschnitt berufen kann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse bekannt sind. Faßt man die Rechtsprechung über die Maßgeblichkeit des äußeren Zuschnitts als eine Ausprägung des Gedankens der Anscheinsvollmacht auf, so ist die Frage zu verneinen, da nur die Interessen gutgläubiger Dritter zu schützen sind (wie hier auch v. Seeler S. 83). Das Reichsgericht scheint in der eingangs angeführten Entscheidung der gegenteiligen Auffassung zuzuneigen (siehe auch v. Seefeld S. 30 f.). Dritte aber, die die wahren Vermögensverhältnisse der Ehegatten kennen, bedürfen zur Beurteilung dessen, was unter den ihnen bekannten Umständen zur Besorgung des Haushalts im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises gehört, nicht der Stützen, die ungeweihten Dritten der äußere Lebenszuschnitt geben soll.

nommen innerhalb des Rahmens der Schlüsselgewalt liegt, die ihn in ihrer Gesamtheit jedoch sprengen.³²⁾

Dem Schutz Dritter dient außerdem § 1357 Abs. 2 i.V.m. § 1412 n.F. BGB. Zwar ist der Ehemann befugt, die Schlüsselgewalt gemäß § 1357 Abs. 2 Satz 1 n.F. BGB in ihrem sachlichen Umfang zu beschränken oder aber sie ganz auszuschließen, wenn hierfür ausreichender Grund besteht. Dritten können Ausschluß oder Beschränkung jedoch nur eingewendet werden, wenn sie entweder ins Güterrechtsregister eingetragen oder ihnen positiv bekannt waren (entsprechend früher nach §§ 1357 Abs. 2, 1435 a.F. BGB). Im Innenverhältnis werden Beschränkung oder Ausschluß wirksam mit Zugang der auf sie gerichteten Willenserklärung an die Frau. Die Frau ist ab diesem Zeitpunkt nicht mehr befugt, Schlüsselgewaltsgeschäfte mit Wirkung für den Mann abzuschließen. Die Eintragung des Ausschlusses hat für die Wirksamkeit im Innenverhältnis keine Bedeutung, sondern nur für das Verhältnis zu Dritten³³⁾. Bis zur Eintragung wird die Schlüsselgewalt zugunsten gutgläubiger Dritter fingiert. Die Fiktion ist das typische Mittel, um dem Vertrauen auf einen Rechtsschein gegenüber der wahren Rechtslage zum Erfolge zu verhelfen³⁴⁾.

Zweifelhaft ist die Rechtslage bei Vereinbarungen über die Schlüsselgewalt sei unabdingbar und unverzichtbar. Die Frau könne sich zwar des Beschränkung oder Ausschluß der Schlüsselgewalt wegen Verstoßes gegen die zwingende Ordnung des Gesetzes unwirksam seien. Die Schlüsselgewalt sei unabdingbar und unverzichtbar. Die Frau könne sich zwar des Abschlusses von Schlüsselgewaltsgeschäften enthalten, auf die Schlüsselgewalt aber nicht wirksam verzichten³⁵⁾. Nur vereinzelt findet sich die Auffassung vertreten, die Schlüsselgewalt könne durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Zur Begründung wird angeführt: Da die Ausschließung gegen den Willen der Frau zulässig sei, müsse sie erst Recht mit Zustimmung der Frau möglich sein³⁶⁾.

Für die Beurteilung der Frage soll zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis unterschieden werden:

Im Innenverhältnis bestimmt sich der Umfang der Schlüsselgewalt nach dem Lebenszuschnitt, wie ihn die Ehegatten aufgrund der tatsächlichen Vermögensverhältnisse (soweit sie in diese Einblick haben) festlegen. Während früher die weisungsgebundene Ehefrau³⁷⁾ den Lebenszuschnitt so hinzunehmen hatte, wie der Mann ihn bestimmte, muß es heute als gemeinsame Aufgabe der Ehegatten betrachtet werden, den Rahmen ihrer

32) RGZ 61, 78 (82/4); RG Gruchot 52, 673 (677/8); Frankfurt OLG 16, 205; Kipp S. 82 und S. 97 (Note 10).

33) OLG Hamm FamRZ 58, 465.

34) Vgl. §§ 674, 729, 892 BGB

35) RG JW 34, 435; s. auch Obergericht ZR XXXII Nr. 43. Planck Anm. 7; RGRKomm. (10/11. Aufl.) Anm. 25 zu § 1357; Krüger-Breetzke-Nowack Anm. 11 zu § 1357; wohl auch Palandt-Lauterbach Anm. 4 a E zu § 1357 und Ermann-Bartholomeyczik Anm. 12 zu § 1357. Lemp in Eerner Kommentar N. 55 zu Art. 161 ZGB; Wieruszowski I S. 37, 47; Braunschweig S. 19 20; Dettmer S. 11; Eißer FamRZ 59, 179; Ganse S. 41; Hansen S. 94; Kainz S. 31 (anders aber S. 38, 42 ff); v. Seefeld S. 25; Bergter, S. 62 f.

36) Wasmuth S. 7; Fabian S. 27; Steiniger S. 39.

37) RGSt 66, 44.

Lebensführung nach ihren wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen unter Berücksichtigung gegenwärtiger und künftiger Bedürfnisse festzulegen.

Hiernach kann sicher nicht gesagt werden, daß der Umfang der Schlüsselgewalt im Innenverhältnis Vereinbarungen entzogen wäre. Man wird auch den einverständlichen Ausschluß der Schlüsselgewalt für zulässig halten müssen; so etwa, wenn die Frau das erforderliche Wirtschaftsgeld im voraus erhält (§ 1360 a Abs. 2 Satz 2) und unter den Ehegatten Einigkeit darüber besteht, daß Kreditgeschäfte nicht abgeschlossen werden sollen. Als stillschweigender einverständlicher Ausschluß stellt sich auch eine einseitige, sachlich nicht gerechtfertigte Ausschließung der Schlüsselgewalt durch den Mann dar, die die Frau untätig hinnimmt. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb derartige Vereinbarungen im Innenverhältnis schlechthin unwirksam sein sollten. Es kann sich lediglich fragen, ob die Vereinbarung die Ehegatten auch für die Zukunft bindet. Das muß allerdings verneint werden³⁸⁾. Die Ehefrau muß einer einverständlich getroffenen Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt jederzeit ebenso widersprechen können, wie wenn der Ehemann diese Maßnahmen einseitig getroffen hätte. Ein für die Zukunft bindender Verzicht der Frau auf die Schlüsselgewalt kann schon darum nicht für zulässig gehalten werden, weil die Schlüsselgewalt nur ein Bestandteil des Rechts und der Pflicht der Frau zur ordentlichen Haushaltsführung ist. Diese Pflicht hat die Ehefrau nicht nur gegenüber dem Ehemann, sondern auch im Interesse der Kinder zu erfüllen; ihr kann sie sich nicht entziehen.

Vereinbarungen über Bestand und Umfang der Schlüsselgewalt sind danach im Innenverhältnis — wenn auch jederzeit widerruflich — zulässig. Durch solche Vereinbarungen können die Ehegatten jedoch die Rechte der Haushaltsgläubiger nicht beeinträchtigen. Auch der einverständliche Ausschluß der Schlüsselgewalt kann daher nach außen nur unter den Voraussetzungen wirksam sein, unter denen der einseitige Ausschluß gegenüber Dritten wirkt. Ausschluß oder Beschränkung der Schlüsselgewalt können Dritten, auch wenn sie einverständlich erfolgen, nur entgegengehalten werden, wenn sie ihnen bekannt oder im Güterrechtsregister eingetragen sind (§§ 1357 Abs. 2, 1412 n.F.BGB). Wer daher zum Beispiel weiß, daß die Frau Wirtschaftsgeld erhält und keine Krediteinkäufe tätigen soll, kann sich nicht an den Mann halten.

Der Vorrang der Gläubigerinteressen zeigt sich schließlich auch an der Verteilung der Beweislast. Wer aus einem mit der Frau abgeschlossenen Geschäft den Ehemann in Anspruch nimmt, braucht nur den Geschäftsabschluß zu beweisen, wenn es sich um ein typischerweise zum häuslichen Wirkungskreis einer Ehefrau gehörendes Geschäft handelt. Der Ehemann muß alsdann, wenn er den Anspruch abwehren will, dartun und beweisen, daß entweder das Geschäft außerhalb des häuslichen Wirkungskreises nach seinem äußeren Zuschnitt liege oder daß er die Schlüsselgewalt aus-

³⁸⁾ Dettmer S. 12; Hansen S. 94; Maurer S. 42 (Note 39), die jedoch S. 145 Nichtigkeit von Schlüsselgewaltsvereinbarungen annimmt.

geschlossen habe und dies dem Dritten bekannt gewesen sei³⁹⁾. Für den Fall des Ausschlusses oder der Beschränkung ergibt sich dies aus dem Wortlaut des Gesetzes⁴⁰⁾. Diese Verteilung der Beweislast entspricht auch der Grundregel des Beweisführungsrechts, „daß das Bürgerliche Gesetzbuch in der Regel von demjenigen den Beweis verlangt, der am besten über diese Umstände Auskunft zu geben vermag“⁴¹⁾. Sie ist deshalb auch für die Frage, ob ein Geschäft vom Lebenszuschnitt der Ehegatten gedeckt ist, angemessen, da über die hierfür maßgebenden Umstände der Ehemann am besten Auskunft geben kann.

Aus allen diesen Gründen ist die Auffassung gerechtfertigt, daß die gesetzliche Zuständigkeit der Ehefrau, ihren Mann im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises zu verpflichten, in erster Linie nicht den Interessen der Frau, sondern des Rechtsverkehrs dient, daß sie „hauptsächlich Dritte und nicht speziell die Frau schützen soll“⁴²⁾.

§ 1357 Abs. 2 BGB schließt es also nicht aus, den guten Glauben auch in anderen Fällen zu schützen. Die Vorschrift ist nur Ausdruck eines allgemeinen Gedankens: Das Außenverhältnis ist nicht mit dem Innenverhältnis zu verknüpfen. Stets, wenn der Anschein nach außen von den wahren Rechtsbeziehungen der Ehegatten im Innenverhältnis abweicht, sind Dritte in ihrem Vertrauen auf den Anschein zu schützen. Das ist zu beachten, wenn nunmehr untersucht wird, wie das Vertrauen Dritter — unabhängig von der uneinsichtigen Unterhaltsregelung — geschützt werden kann. Dabei soll jeweils zunächst das Innenverhältnis, sodann das Außenverhältnis erörtert werden.

Daß es auch im Innenverhältnis der Ehegatten darauf ankommen kann, das Vertrauen der Frau auf den Bestand der Schlüsselgewalt zu schützen, bedarf keiner Begründung. Auch insoweit sollen jedoch nur Lösungen erwogen werden, die nicht an einen Unterhaltsanspruch der Frau anknüpfen.

³⁹⁾ Steiniger S. 58; v. Seefeld S. 27; Braunschweig S. 36 (im Widerspruch zu S. 25); Zust. von Sursee S. 20, 26. Vgl. Art 163 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 ZGB.

⁴⁰⁾ §§ 1435 a.F., 1412 n.F. BGB („nur-wenn“).

⁴¹⁾ Rosenberg, Beweislast S. 370.

⁴²⁾ Müller-Freienfels SG S. 390; vgl. Menzel S. 610, 615.

E. Voraussetzungen und Umfang des Gutgläubensschutzes

I. Der Gutgläubensschutz bei fehlender Ehe

1. Die Nichtehe

Besonders schwere Mängel bei der Eheschließung lassen eine Ehe gar nicht zustande kommen (Nichtehe, *matrimonium non existens*).

Eine Nichtehe liegt vor, wenn kein Standesbeamter¹⁾ bei der Eheschließung mitgewirkt hat (§ 11 EheG)²⁾ oder wenn zwei Personen gleichen Geschlechts „heiraten“. Hierauf kann sich jedermann berufen³⁾, also auch der „Ehemann“. Der gute Glaube an eine gültige Eheschließung, etwa daran, daß derjenige, der das Amt des Standesbeamten ausübte, Standesbeamter im Sinne des Gesetzes war, wird heute — anders als früher nach § 1319 BGB — nicht mehr geschützt. Die Nichtehe hat von Anfang an niemals die Wirkungen einer gültigen Ehe. Ein Gutgläubensschutz, wenn die vermeintliche Ehefrau Geschäfte abschließt, die bei Bestehen einer gültigen Ehe in den Rahmen der Schlüsselgewalt fielen, kommt deshalb nur nach den allgemeinen Regeln in Betracht⁴⁾.

Die Nichtehe beurteilt sich daher nicht anders als die sonstigen Fälle, in denen Mann und Frau ohne gültige Eheschließung wie Eheleute zusammen leben (Onkelehe, eheähnliches Verhältnis, Konkubinat, *union libre*).

a) Das Innenverhältnis

Wenn sowohl der Mann als auch die Frau wissen, daß eine gültige Ehe nicht vorliegt, kommt ein Vertrauensschutz als Schutz des guten Glaubens an das gesetzliche Geschäftsführungsrecht nicht in Betracht. Läßt jedoch der Mann die Frau im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises als seine Vertreterin handeln, so liegt hierin die stillschweigende Erteilung eines Auftrags. Die Frau kann deshalb, wenn sie Aufwendungen gemacht hat, die sie im Rahmen des erteilten Auftrages für erforderlich halten durfte (§ 670 BGB), vom Manne Erstattung verlangen.

1) oder, ihm gleichgestellt, kein scheinbarer Standesbeamter, § 11 Abs. 2 EheG.

2) Vgl. Art. 177 ZGB, § 15 EheG 38, art. 165 c.civ.

3) Palandt-Lauterbach Einf. 1 a vor § 16 EheG.

4) Abweichend hiervon läßt das französische Recht — in Anlehnung an das kanonische Recht, das wegen der großen Zahl von Ehehindernissen den Gutgläubensschutz besonders ausbilden mußte — der Putativehe (*mariage putatif*) zugunsten des gutgläubigen „Ehegatten“ alle Rechtswirkungen der gültigen Ehe zukommen. Diese Regel gilt nicht nur für die nichtige Ehe (vgl. art. 201, 202 c.civ. — entsprechend unserem § 26 EheG), sondern auch für die Nichtehe (Aubry-Rau S. 71 f.).

Das gilt auch, wenn die Frau sich irrig für verheiratet hält, da die irrije Annahme, auf Grund Gesetzes (§ 1357 BGB) zur Geschäftsführung berechtigt zu sein, den Aufwendungsersatzanspruch nicht ausschließt.

Zweifelhaft könnte aber sein, ob man diese Lösung auch dann gelten lassen kann, wenn der Mann nicht weiß, daß eine gültige Eheschließung nicht vorliegt, weil er etwa gutgläubig denjenigen, der die Trauung vollzogen hat, für einen Standesbeamten im Sinne des § 11 EheG hält. Der Mann meint dann, die Frau sei nach § 1357 BGB zu seiner Vertretung befugt. Eine stillschweigende Auftragserteilung kann nicht angenommen werden, da diese — wie jede Willenserklärung — das Bewußtsein voraussetzt, ein bestimmtes Verhalten (hier: das Gewährenlassen der Frau) werde als Willenserklärung aufgefaßt werden (Erklärungsbewußtsein⁵⁾).

Dieses fehlt jedoch. Der Mann hat nicht das Bewußtsein, in seinem Verhalten könne eine Willenserklärung zu sehen sein, wenn er die Geschäftsführungsbefugnis der Frau als gesetzliche Folge der vermeintlichen Ehe betrachtet. Das Vertrauen auf den Anschein eines Auftrags wird — anders als das Vertrauen auf dessen Fortbestand — im Innenverhältnis nicht besonders geschützt. Es gelten vielmehr die §§ 677 ff. BGB. Die Frau ist, da die Geschäftsführungsbefugnis aus § 1357 BGB ihr nicht zusteht, Geschäftsführerin ohne Auftrag.

Hierfür kommt es nicht darauf an, ob sie weiß, daß eine Ehe nicht besteht oder ob sie irrtümlich annimmt, ihr Geschäftsführungsrecht ergebe sich aus § 1357 BGB; denn die irrije Annahme, zur Geschäftsführung aufgrund Vertrages oder Gesetzes berechtigt zu sein, steht Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht entgegen⁶⁾. Für die Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis kommt es daher darauf an, ob das Geschäft dem Interesse und dem Willen des Mannes entsprach. Ist dies der Fall, so hat die Frau die gleichen Rechte, wie wenn sie vom Manne mit der Geschäftsführung beauftragt worden wäre, § 683 BGB⁷⁾.

b) Das Außenverhältnis

Lebt der Mann mit der Frau zusammen, obwohl er weiß, daß eine gültige Eheschließung nicht vorliegt, und läßt er die Frau im sachlichen Rahmen der Schlüsselgewalt als seine Vertreterin auftreten, so kann hierin eine stillschweigende offene rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung, auf die Dritte sich nach §§ 171, 173 BGB verlassen können, liegen. Das gilt außer

⁵⁾ Enneccerus-Nipperdey § 145 II A 4.

⁶⁾ Palandt-Gramm Anm. 3 zu § 677 BGB.

⁷⁾ Ebenso im österreichischen Recht. Kommt — bei Kenntnis des Mangels der Eheschließung auf seiten des Mannes — eine stillschweigende Vollmacht in Betracht, so hat der Mann der Frau gemäß § 1014 ABGB „allen zur Besorgung des Geschäfts notwendig oder möglich gemachten Aufwand“ zu ersetzen. Ist der Mann dagegen gutgläubig, so kommt nur der Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 1037 ABGB in Frage, wenn das Rechtsgeschäft dem „klaren überwiegenden Vorteil“ des Mannes dient, m.a.W., wenn der Mann durch die Geschäftsführung bereichert ist (Kapfer Anm. 3 zu § 1037 ABGB). Der Frau, die mit einem Mann aufgrund einer nach § 15 EheG 38 unwirksamen Eheschließung oder sonst in einem eheähnlichen Verhältnis zusammenlebt, steht die Schlüsselgewalt als aufgrund der Ehe vermutetes Mandat jedenfalls nicht zu (Wasmuth S. 45).

im Falle der Nichtehe auch in all den Fällen, in denen der Mann mit einer Frau zusammenlebt und diese als seine Ehefrau ausdrücklich ausgibt (auf Reisen, im Hotel) oder sie doch in jeder Weise wie eine Ehefrau behandelt (Onkelehe).

Es fragt sich jedoch, ob diese Auffassung auch dann gerechtfertigt ist, wenn der Ehemann selbst gutgläubig ist. In einem solchen Falle nimmt der Mann die Vertretung durch die Frau möglicherweise nur hin, weil er sie als eine gesetzliche Folge der vermeintlich wirksamen Eheschließung betrachtet⁸⁾. Die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung verbietet sich, weil alsdann dem Mann das Bewußtsein fehlt, sein Verhalten werde im Geschäftsverkehr als Willenserklärung verstanden werden (Erklärungsbewußtsein⁹⁾. Es kommt jedoch eine Duldungsvollmacht in Betracht, wenn der Mann das Auftreten der Frau als Vertreterin kannte, oder eine Vollmacht kraft Rechtsscheins (Anscheinsvollmacht), wenn er ihr Auftreten hätte erkennen und verhindern können. Die beiden Institute sind von der Rechtsprechung gerade deshalb entwickelt worden, weil die Annahme einer stillschweigenden Bevollmächtigung zum Schutze des redlichen Dritten nicht ausreichend erschien. Auch bei der Duldungsvollmacht wird zwar von „stillschweigender Vollmachtserteilung“ gesprochen¹⁰⁾. Diese wird jedoch angenommen, wenn „der Vertretene das ihm bekannte Verhalten des Vertreters duldet und diese Duldung vom Geschäftsgegner nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin gedeutet werden darf, daß der Vertreter vom Vertretenen Vollmacht, für ihn zu handeln, erhalten hat“¹¹⁾. Es kommt also nicht darauf an, ob der Vertretene das Erklärungsbewußtsein hatte, ob er sich darüber klar war, sein Verhalten könne als Bevollmächtigung aufgefaßt werden. Entscheidend ist, ob er das Auftreten des Vertreters kannte und duldete, sowie, ob der Geschäftsgegner hieraus auf eine Bevollmächtigung schließen durfte.

Leben Mann und Frau wie Eheleute zusammen und tritt die Frau als Vertreterin des Mannes im sachlichen Rahmen der Schlüsselgewalt auf, so „duldet“ der Mann dies im Sinne der Rechtsprechung, da es auf die Beweggründe dieser Duldung nicht ankommt. Es ist deshalb in diesem Zusammenhang unerheblich, ob der Mann das Auftreten der Frau nur deshalb duldet, weil er sie für seine Ehefrau und deshalb nach § 1357 BGB zur Vertretung für befugt hält.

Fraglich ist jedoch, ob Dritte aus dem geduldeten Auftreten der Frau auf eine Bevollmächtigung durch den Mann schließen dürfen. Wissen sie, daß eine Nichtehe vorliegt, sind sie also nicht gutgläubig im Hinblick auf das Bestehen einer gültigen Ehe, so dürfen sie es¹²⁾, da sie aus dem Verhalten des Mannes, der die mit ihm nicht verheiratete Frau als seine Ver-

8) Kipp S. 28 unten.

9) Staudinger-Weber A 203 zu § 242; BGH BB 1961, 548 spricht von dem Erfordernis des „Willens, eine entsprechende Vollmacht einzuräumen. Dieser Wille setzt das Bewußtsein, überhaupt eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben, voraus“.

10) BGH LM Nr. 4 zu § 167; in BGH BB 1961, 548 unterscheidet der Bundesgerichtshof ebenfalls zwischen stillschweigender Vollmachtserteilung, Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

11) BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB.

12) Anders das französische Recht, das in diesem Fall nicht zur Haftung des Mannes kommt, siehe unten S. 48.

treterin auftreten läßt, nur den Schluß ziehen können, daß er ihr rechtsgeschäftlich Vollmacht erteilt habe¹³⁾. Wichtiger ist der Schutz des Dritten aber gerade dann, wenn er im guten Glauben an die gesetzliche Vertretungsmacht der Frau abschließt. Vertraut er auf das Bestehen einer gültigen Ehe, so faßt er das Verhalten des Ehemannes nicht als rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung auf¹⁴⁾.

Wollte man jedoch diesem Unterschied des Grundes, auf dem die Vertretungsmacht beruht, Beachtung schenken, so könnte sich nicht an den Mann halten wer auf die gesetzliche Vertretungsmacht vertraut; dagegen könnte, wer den Mangel der gesetzlichen Vertretungsmacht kennt, also minder gutgläubig ist, sich auf eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung oder deren Anschein berufen.

Entscheidend ist das Vertrauen auf die Vertretungsmacht. Dieses Vertrauen knüpft an Tatsachen an, nicht an Rechtsbegriffe. Es ist deshalb unerheblich, ob der gutgläubige Dritte die vermeintlich vorhandene Vertretungsmacht für eine gesetzliche oder für eine rechtsgeschäftliche hält. Sein guter Glaube verdient in jedem Falle Schutz.

Hierfür kommt die entsprechende Anwendung der Regeln über das Fortgelten einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht zugunsten gutgläubiger Dritter in Betracht. § 169 BGB ist allerdings nicht geeignet, diesen Gutgläubensschutz wirksam auszugestalten, da gutgläubige Dritte danach nur geschützt werden, wenn auch der „Vertreter“ gutgläubig ist. Damit würde der Schutz im Außenverhältnis vom Innenverhältnis abhängig gemacht. Wie bei der Erörterung des Verhältnisses von Schlüsselgewalt und Unterhaltsanspruch der Frau dargelegt, verträgt sich eine Verknüpfung von Innen- und Außenverhältnis nicht mit den Interessen Dritter und den Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs. Schließt die Frau, obwohl sie weiß, daß die Schlüsselgewalt ihr nicht zusteht, als falsa procuratrix im sachlichen Rahmen der Schlüsselgewalt Rechtsgeschäfte ab, so ist der gutgläubige Dritte nicht minder schutzbedürftig und schutzwürdig, als wenn die Frau ebenfalls gutgläubig wäre. Denn ein Schadensersatzanspruch gegen die Frau wird den Dritten regelmäßig nicht interessieren, wo er gerade im Hinblick auf die Verbindlichkeit des Geschäftes für den Mann Kredit gewährt hat.

Unabhängig vom Innenverhältnis ist der Schutz gutgläubiger Dritter bei der offenen (externen) Vollmacht (§ 167 Abs. 1, 2. Fall, § 171 BGB) ausgestaltet¹⁵⁾. Nach §§ 171, 173 BGB gilt die Vollmacht im Außenverhältnis so lange fort, bis der Dritte von ihrem Erlöschen Kenntnis hat oder haben

13) Zwar kann sich nicht auf Anschainsvollmacht berufen, wer den Mangel der Vertretungsmacht kennt, selbst wenn die Voraussetzungen für eine Anschainsvollmacht vorliegen, siehe BGH BB 1956, 703. Weiß der Dritte aber, daß die Vertretungsmacht aus § 1337 BGB nicht besteht, so kann er bezüglich der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht immer noch guten Glaubens sein.

14) Dieses Bedenken kann für das österreichische Recht nicht auftreten, da auch bei vermeintlich wirksamer Eheschließung die Schlüsselgewalt nicht gesetzliche Ehefolge ist, sondern auf der vermuteten rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung beruht. Die vermutete Vollmacht knüpft lediglich an das Zusammenleben „wie Eheleute“ an. Die Konkludenz des Verhaltens des Mannes ist, wenn Mann und Frau wie Eheleute leben, die gleiche, mag eine Eheschließung vorliegen oder nicht (siehe Wellspacher S. 265).

müßte. Daß dies auch gilt, wenn die Vollmacht von Anfang an fehlte, ist anerkannt¹⁶⁾. Die Regel ist daher entsprechend auch anzuwenden, wenn nur der Ausschluß einer Bevollmächtigung vorliegt¹⁷⁾. Insoweit besteht zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis ein wesentlicher Unterschied.

Die Regelung für die offene Vollmacht wird den Besonderheiten der Vertretungsmacht aus § 1357 BGB besser gerecht. Diese entspricht einer Vollmacht durch Mitteilung an Dritte oder durch öffentliche Kundgebung insofern, als auch sie nicht auf internen Vorgängen beruht, sondern als gesetzliche Folge der Eheschließung der Öffentlichkeit bekannt wird¹⁸⁾. Weiter sind die interne Ausschließung und Beschränkung — ganz wie bei der offenen Vollmacht — grundsätzlich Dritten gegenüber erst mit Kundgabe wirksam. § 1357 Abs. 2 BGB geht sogar noch über den Schutz des Dritten bei der offenen Vollmacht hinaus. Bei der offenen Vollmacht bleibt die Vertretungsmacht so lange bestehen, bis die Kundgebung der Bevollmächtigung in derselben Weise widerrufen worden ist, in der sie erfolgte (§ 171 Abs. 2 BGB), es sei denn, daß der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei Abschluß des Rechtsgeschäftes kannte oder kennen mußte (§ 173 BGB). Bei dem Ausschluß der Schlüsselgewalt dagegen ist nach § 1357 Abs. 2 BGB, wenn der Ausschluß nicht durch Eintragung bekanntgemacht wird, der Dritte so lange geschützt, als er den Ausschluß nicht positiv kennt. Die „Öffentlichkeit“ der Vertretungsmacht der Frau kommt auch darin zum Ausdruck, daß ihr Umfang sich nach dem Lebenszuschnitt der Ehegatten bestimmt, wie er sich Dritten objektiv darstellt¹⁹⁾. Für den sachlichen Umfang der Schlüsselgewalt ist maßgebend, was für die Öffentlichkeit erkennbar ist; dieser Gesichtspunkt muß auch für die zeitliche Geltung der Schlüsselgewalt maßgebend sein²⁰⁾. Daher sind die §§ 171, 173 BGB anzuwenden, so daß der Mann ohne Rücksicht auf die Bös- oder Gutgläubigkeit der Frau und ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte weiß oder nicht weiß, daß eine gültige Eheschließung nicht vorliegt, aus Rechtsgeschäften, die im sachlichen Rahmen der Schlüsselgewalt von der Frau, mit der er zusammenlebt, mit seiner Duldung vorgenommen werden, berechtigt und verpflichtet wird, und zwar auch dann, wenn er selbst die Ungültigkeit der Eheschließung nicht kennt.

Es ist deshalb zwar richtig, daß anderen Personen als der Ehefrau die Schlüsselgewalt niemals zustehen kann. Wegen der entsprechenden Anwendung der Regeln über die Vollmacht besteht aber zwischen der vermeintlichen Ehefrau und anderen Personen, die dem Mann den Haushalt führen, im Ergebnis kein grundsätzlicher Unterschied. Man könnte sagen, die Vorstellung, Haushaltsschulden seien vom Mann zu bezahlen, sei so natürlich, daß Haushaltsgläubiger sich stets an den Mann halten können, wenn er sich anderer zur Führung seines Hauswesens ständig bedient,

15) ebenso nach art. 2009 c.civ., Art. 34 OR, § 1026 ABGE.

16) Palandt-Danckelmann Anm. 1 zu §§ 170-173 BGB; RGZ 104, 358 (360).

17) OLG Hamburg Betrieb 55, 917.

18) Ebenso (für die nichtige Ehe) Dettmer S. 14: „Zur ‚öffentlichen Bekanntmachung‘ genügt die nach außen dringende Tatsache, daß die Eheleute wie in einer vollgültigen Ehe zusammenleben.“

19) siehe oben S. 39.

20) Kipp S. 96.

ohne bekanntzumachen, daß sie keine Vertretungsmacht besitzen²¹⁾. Allerdings bleibt dabei immer zu berücksichtigen, daß der Anschein einer Bevollmächtigung bei der vermeintlichen Ehefrau leichter anzunehmen sein wird als bei der Wirtschaftlerin oder anderen Personen, die dem Haushalt vorstehen.

Auch das französische Recht gesteht der Konkubine das mandat domestique keinesfalls zu, kommt aber gleichwohl regelmäßig zu dem Ergebnis, daß der Mann für Haushaltsgeschäfte der Frau, mit der er in „freier Ehe“ (union libre) zusammenlebt, aufzukommen habe. Diese Übereinstimmung des Ergebnisses ist deshalb besonders aufschlußreich, weil es auf anderem Wege erreicht wird, nämlich über die quasideliktische Haftung des art. 1382 c.civ. Hierzu wird ausgeführt: „Celui qui fait passer sa concubine pour sa femme légitime commet une faute et engage sa responsabilité envers ceux qui contractent avec elle croyant qu'elle est sa femme légitime et, par suite, sa mandataire tacite pour les achats nécessaires à sa toilette“²²⁾. Das Vertrauen auf eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung soll dagegen nicht geschützt werden²³⁾, obwohl der Rechtsscheingedanke hierfür auch im französischen Recht herangezogen werden könnte²⁴⁾. Die quasideliktische Haftung ist nur begründet, wenn den Mann ein Verschulden trifft. Der hierin zu Tage tretende Unterschied zur Rechtsscheinhaftung ist praktisch jedoch nicht groß. Denn die Rechtsprechung rechnet dem Manne das Gewährenlassen der Frau bereits zum Verschulden an. „C'est une faute que de laisser croire aux tiers qu'ils peuvent compter sur le mandat de la femme mariée pour atteindre un pseudo mari“²⁵⁾. „L'amant a toujours commis une faute in omittendo, du fait de n'avoir pas dénoncé la situation irrégulière et de s'en être rendu complice, car il n'a pu ignorer qu'en vivant maritalement il induisit les tiers en erreurs“²⁶⁾. In dieser Form hat sich die quasideliktische Haftung weitestgehend der Haftung für veranlaßten Rechtsschein angenähert. Allerdings besteht zu der oben für das deutsche Recht entwickelten Lösung doch noch ein wesentlicher Unterschied: für die quasideliktische Haftung ist nur Raum, wenn der Dritte auf die Ehe vertraut. Die Haftung des Mannes ist verneint worden in einem Falle, wo die Konkubine in jahrelanger Geschäftsverbindung mit dem Kläger stand und die Rechnungen stets bezahlt worden waren, weil der Verkäufer von Anfang an den „Verdacht“ gehabt hatte, sie sei nicht verheiratet²⁷⁾. Ebenso, wenn der Verkäufer es überhaupt unterlassen hatte, sich zu erkundigen, ob die Frau wirklich verheiratet sei²⁸⁾. Das führt zur Annahme einer Erkundigungspflicht Dritter, die wegen Unzumutbarkeit

21) Dettmer S. 14 (Note 16). Vgl. Trib. de paix de Lyon 29 avr. 1396 D.H. 1936. 357: „Le maître est tenu de rembourser au fournisseur les marchandises achetées à crédit par son domestique lorsqu'elles sont de celles dont on confie ordinairement l'achat à des domestiques, alors surtout que le domestique a déjà acheté plusieurs fois à crédit chez le fournisseur“.

22) Trib. civ. de Nice 27 oct. 1909 D.P. 1912. 2. 216.

23) Trib. de paix de Paris 17 janv. 1908 D.P. 1908. 5. 22; für die Annahme stillschweigender Bevollmächtigung tritt mit überzeugender Begründung Boutard S. 103 ein.

24) Kipp S. 41.

25) Dalloz Rep. „union libre“ no 60.

26) Boutard S. 102 '3.

27) Trib. civ. de la Seine 10 déc. 1901 D.P. 1904. 2. 238.

28) Trib. Seine 11 déc. 1901 D.P. 1902. 2. 133.

und häufig Undurchführbarkeit oben²⁹⁾ grundsätzlich abgelehnt wurde. Daß das französische Recht, das bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft die Schlüsselgewalt grundsätzlich fortbestehen läßt, hier an den guten Glauben Dritter so strenge Anforderungen stellt, erscheint zunächst seltsam. Dafür gibt es aber zwei Erklärungen. Einmal ergibt sich der Fortbestand des mandat domestique im Falle der séparation de fait in erster Linie nicht aus der Berücksichtigung der Gläubigerinteressen, sondern aus der Verknüpfung mit dem Unterhaltsanspruch der Frau. Zum anderen ist in der französischen Rechtsprechung und Lehre eine gewisse Scheu zu beobachten, die union libre in ihren Rechtswirkungen zu sehr der Ehe anzunähern³⁰⁾. Wie die zahlreichen Entscheidungen zeigen, die sich mit Fragen des Konkubinats befassen, stellte die union libre offenbar ein besonderes Problem dar. Man legte ihr deshalb möglichst gar keine Rechtswirkungen bei³¹⁾, ähnlich wie bei der séparation de fait und der séparation amiable, die ja auch gesetzlich nicht vorgesehen sind. Diese rechtspolitische Absicht darf aber nicht zu einer Beeinträchtigung Dritter führen, die für diese „situation irrégulière“ nicht verantwortlich sind. Im Außenverhältnis ist nicht einzusehen, weshalb der im Konkubinat lebende Mann nicht für Haushaltsschulden haften soll, da dies doch gewiß keine sich aus dem Konkubinat ergebende Vergünstigung wäre.

Seit der Novelle von 1942 könnte man auch im französischen Recht das Vertrauen auf den Anschein der sich aus der vermeintlichen Ehe ergebenden Schlüsselgewalt schützen, ohne an die Pflicht zu Erkundigungen allzu strenge Anforderungen zu stellen. Es ist immer zu bedenken, daß das Risiko der vom Regelfall abweichenden Situation gerechterweise nicht auf Dritte abgewälzt werden darf, sondern von denen zu tragen ist, die diese Situation und den durch sie verursachten Rechtsschein zu verantworten haben.

2. Die für nichtig erklärte Ehe

Ist die formell gültig geschlossene Ehe nach den §§ 17 bis 22 EheG nichtig, so kann sich hierauf nach § 23 EheG niemand berufen, solange die Ehe nicht durch gerichtliches Urteil für nichtig erklärt worden ist. Durch die verbotswidrige Eheschließung entsteht — anders als bei der Nicht-ehe — eine zunächst gültige Ehe, die grundsätzlich die Rechtswirkungen der wirksamen Ehe hat, bis das Nichtigkeitsurteil vorliegt³²⁾. Die Schlüsselgewalt steht der Frau daher zunächst ebenso zu, wie wenn die Ehe voll gültig wäre.

²⁹⁾ siehe S. 36.

³⁰⁾ Boutard S. 97. Civ. 27 juill. 1937 D.H. 437: „Le concubinage demeure, en toute occurrence, quelles que soient ses modalités et sa durée, une situation de fait qui ne saurait être génératrice de droits au profit des concubins et vis-à-vis des tiers“. Ähnlich Civ. 28 nov. 1938 D.H. 97; Trib. corr. d'Avignon 15 nov. 1938 D.H. 46.

³¹⁾ In zunehmendem Maße wird jedoch die vermögensrechtliche Auseinandersetzung des Konkubinats unter dem Gesichtspunkt der société de fait behandelt: Trib. civ. de la Seine 26 avr. 1934 D.P. 2. 43; Paris 6 déc. 1940 Sem. Jur. 1941, 1688; Amiens 29 nov. 1950 D. J. 1951. 80; Lyon 5 nov. 1951 D. 1952 somm. 48.

³²⁾ BGHZ 30, 140 (142).

Aufgrund des Nichtigkeitsurteils steht dann allerdings fest, daß eine wirksame Ehe von Anfang an nicht vorhanden war; denn das Urteil ist ein Gestaltungsurteil mit Wirkung ex tunc³³⁾. Sowohl im Innenverhältnis, als auch im Außenverhältnis wird aber kraft ausdrücklicher Regelung der gute Glaube geschützt:

a) Das Innenverhältnis:

Im Verhältnis der Ehegatten untereinander hat die Entscheidung, wenn auch nur einer der Ehegatten die Nichtigkeit bei der Eheschließung nicht gekannt hat, in vermögensrechtlicher Beziehung die Bedeutung eines Scheidungsurteils, § 26 EheG³⁴⁾. In vermögensrechtlicher Beziehung wird die Ehe daher als zunächst wirksam, aber durch Urteil mit Wirkung ex nunc aufgelöst angesehen (§ 41 EheG). Maßgeblicher Zeitpunkt ist nicht der Erlaß des Urteils, sondern wie aus § 23 EheG in Verbindung mit § 636 a ZPO geschlossen werden muß, der Eintritt der Rechtskraft, entsprechend wie bei der Scheidung (§ 41 EheG).

Rechtsgeschäfte, die vor Eintritt der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils abgeschlossen worden sind und die sachlich im Rahmen der Schlüsselgewalt liegen, belasten den Mann. Wenn allerdings der Mann die Nichtigkeit nicht kannte, so kann er nach § 26 Abs. 2 EheG binnen sechs Monaten nach Rechtskraft des Urteils gegenüber der Frau erklären, daß es in vermögensrechtlicher Beziehung bei den Folgen der Nichtigkeit bewenden solle³⁵⁾. Da der Mann dieses Recht nach dem Gesetz auch dann hat, wenn auch die Frau die Nichtigkeit nicht kannte, kann auf diesem Wege der Fall eintreten, daß im Innenverhältnis trotz Gutgläubigkeit der Ehefrau aus Rechtsgeschäften im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises der Mann nicht verpflichtet wird. Auch für diesen Fall einen Schutz des guten Glaubens der Frau zu konstruieren, erscheint jedoch nicht angängig, da dies nur contra legem möglich wäre. Wenn das Gesetz beiden Ehegatten auch bei beiderseitiger Gutgläubigkeit das Wahlrecht (§ 26 Abs. 2 EheG) gewährt, so schließt diese gesetzliche Interessenabwägung eine gegenteilige Bewertung durch einseitige Berücksichtigung der Interessen der Frau aus.

Für einen Schutz des guten Glaubens der Frau, falls sie Rechtsgeschäfte abschließt, nachdem die Ehe für nichtig erklärt worden ist, kann kein Raum sein, da maßgebender Zeitpunkt die Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils ist. Nach Rechtskraft kann die Frau aber nicht mehr gutgläubig sein. Denn die Rechtskraft tritt erst ein, wenn der Ehefrau das Nichtigkeitsurteil — und zwar von Amts wegen, § 625 ZPO — zugestellt worden ist. Selbst wenn man hierbei berücksichtigt, daß im Hinblick auf die Möglichkeiten der Ersatzzustellung (§§ 181 ff. ZPO) keine Gewähr dafür besteht, daß die Frau wirklich von dem Urteil Kenntnis erhält, hat sie

³³⁾ RGRKomm 10/11. Anm. 15 zu § 24 und Anm. 19 zu § 23 EheG.

³⁴⁾ Vgl. Art. 132 ZGB; § 31 EheG 38. Das französische Recht hat, da eine entsprechende Bestimmung fehlt, für diesen Fall die Lehre vom mariage putatif entwickelt, siehe oben S. 43 Fußnote 4).

³⁵⁾ Vgl. § 31 Abs. 2 EheG 38. Im französischen Recht hat der gutgläubige, wenn der andere Teil bösgläubig war, die Wahl, ob er nach Ehevertrag, den Regeln über den gesetzlichen Güterstand oder Gesellschaftsrecht auseinandersetzen will.

doch von dem Verfahren Kenntnis, da nach § 618 Abs. 4 ZPO ein Versäumnisurteil gegen sie als Beklagte unzulässig ist. Demnach muß sie damit rechnen, daß die Ehe möglicherweise für nichtig erklärt werden wird; damit aber ist nicht mehr gutgläubig. Ein Schutz über den Zeitpunkt der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils hinaus kommt also nicht in Betracht. Es kann allenfalls ein Auftrag in Frage kommen, wenn der Mann trotz der Nichtigkeitsklärung der Ehe die Frau weiterhin im Rahmen der Schlüsselgewalt tätig werden läßt³⁶⁾.

b) Das Außenverhältnis:

Nach § 27 EheG können einem Dritten gegenüber aus der Nichtigkeit der Ehe keine Einwendungen hergeleitet werden, wenn das Rechtsgeschäft vor Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils abgeschlossen worden und dem Dritten die Nichtigkeit bei Abschluß nicht bekannt gewesen ist³⁷⁾.

Im Außenverhältnis bleibt danach zunächst fraglich, ob der Dritte auch dann geschützt werden kann, wenn das Rechtsgeschäft nach Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils abgeschlossen worden ist und er von dem Nichtigkeitsurteil keine Kenntnis hatte.

Leben Mann und Frau auch nach Rechtskraft des Urteils zusammen, so ist wiederum zu prüfen, ob eine Vollmacht bejaht werden kann³⁸⁾. Duldet der Mann, daß die Frau weiterhin als Vertreterin für ihn auftritt oder hat er nur infolge Fahrlässigkeit hiervon keine Kenntnis (Anscheinsvollmacht), so sind die Geschäfte für ihn verpflichtend. Dabei kommt es wiederum nicht darauf an, ob der Dritte auf den Bestand der Ehe vertraut; denn es handelt sich um den Schutz des Vertrauens auf den Anschein der Vertretungsmacht der Frau, mag diese nun gesetzlicher (§ 1357 BGB) oder rechtsgeschäftlicher Art sein³⁹⁾.

Leben dagegen Mann und Frau nach Rechtskraft des Urteils nicht mehr zusammen, so wird die Annahme einer Bevollmächtigung nicht in Betracht kommen. Der gute Glaube Dritter, die von dem Nichtigkeitsurteil keine Kenntnis haben, kann nicht geschützt werden. Wenn das Gesetz ausdrücklich die Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils als den für den Schutz gutgläubiger Dritter maßgebenden Zeitpunkt bestimmt, ist der gute Glaube an den Bestand der Ehe und damit auch an die als Wirkung der Ehe kraft Gesetzes bestehende Vertretungsmacht der Frau nicht zu schützen.

Diese Grundsätze gelten auch, wenn dem Dritten die Nichtigkeit der Ehe bereits vor der Nichtigkeitsklärung bekannt war. Dann kann aber, wenn die Eheleute zusammenleben, eine Vollmacht des Mannes — oder deren Anschein — vorliegen, so daß die Geschäfte für ihn verbindlich sind, obwohl

³⁶⁾ Siehe oben S. 43 f.

³⁷⁾ Nach Kipp (zum früheren § 1344 BGB) soll dies nur gelten, wenn dem Ehemann die Nichtigkeit nicht bekannt war; war sie ihm bekannt, so soll § 171 — jedoch nicht § 173 — zur Anwendung kommen (S. 28/29). M.E. läßt sich diese Differenzierung aus dem Gesetz nicht begründen; die Anwendung des § 1344 BGB = § 27 EheG führt auch praktisch zu dem gleichen Ergebnis.

³⁸⁾ Siehe oben S. 44 ff.

³⁹⁾ Siehe oben S. 45 ff.

der Dritte auf die gesetzliche Vertretungsmacht nicht mehr vertraut.

3. Die Aufhebung der Ehe und die Auflösung der Ehe durch Scheidung

Da nach § 37 Abs. 1 EheG die Folgen der Aufhebung der Ehe den Folgen der Scheidung gleichgestellt sind, können beide Fälle zusammen behandelt werden.

Aufhebungs- und Scheidungsurteil wirken ex nunc (§ 41 EheG). Die aufgrund der Schlüsselgewalt bis zur Rechtskraft des Urteils wirksam abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bleiben von der Aufhebung bzw. Auflösung der Ehe daher unberührt. Es fragt sich nur, inwieweit ein Gutgläubenschutz bei Schlüsselgewaltsgeschäften in Betracht kommt, die nach Rechtskraft des Urteils abgeschlossen worden sind.

a) Das Innenverhältnis:

Im Innenverhältnis ist für einen Gutgläubensschutz für die Zeit nach Rechtskraft des Urteils ebenso wenig Raum wie für einen Gutgläubenschutz nach Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils⁴⁰⁾.

b) Das Außenverhältnis:

Schließt die Frau nach Rechtskraft des Aufhebungs- oder Scheidungsurteils Geschäfte im Rahmen der Schlüsselgewalt ab, so ist für die Frage, inwieweit Dritte sich an den Mann halten können, wiederum zu unterscheiden:

Leben die Eheleute nach Rechtskraft des Urteils nicht mehr zusammen, so kommt ein Gutgläubensschutz in entsprechender Anwendung der §§ 171, 173 BGB in Betracht⁴¹⁾. Die Geschäfte sind danach so lange für den Mann verbindlich, als Dritte von der Aufhebung bzw. Scheidung der Ehe keine Kenntnis haben und haben mußten, und zwar auch dann, wenn die Frau bei Abschluß des Geschäfts nicht mehr gutgläubig war⁴²⁾.

Leben dagegen die Eheleute auch nach Rechtskraft des Urteils weiter zusammen, so ist — abgesehen vom Falle, daß der Dritte auf den Fortbestand der Ehe vertraute — auch hier wieder zu beachten, daß, selbst wenn der Dritte von der Auflösung der Ehe Kenntnis hatte oder haben mußte (§ 173 BGB), eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zu bejahen sein kann. Duldet nämlich der Mann, daß seine frühere Frau weiter als seine Vertreterin auftritt, so kommt es auf den guten Glauben des Dritten an den Fortbestand der gesetzlichen Vertretungsmacht nicht an. Das Geschäft wirkt in jedem Falle für und gegen den Mann⁴³⁾.

⁴⁰⁾ Siehe oben S. 50.

⁴¹⁾ Da das Scheidungsurteil im französischen Recht einer gewissen Publizität unterliegt (es wird nach art. 250 c.civ. sowohl durch Gerichtsaushang, als auch in einer Lokal- und einer Regionalzeitung veröffentlicht), wird insoweit ein Bedürfnis für den Schutz des Vertrauens auf den Fortbestand der Ehe zu verneinen sein.

⁴²⁾ Siehe oben S. 46 ff.

⁴³⁾ Siehe oben S. 45 ff.

4. Die Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes

Mit dem Tode des Mannes ist die Ehe aufgelöst und damit die Schlüsselgewalt der Ehefrau entfallen. Haben die Ehefrau oder Dritte vom Tode des Ehemannes keine Kenntnis und schließen sie Geschäfte im sachlichen Rahmen der Schlüsselgewalt ab, so kommt wiederum ein Gutgläubenschutz nur nach den allgemeinen Regeln in Betracht.

a) Das Innenverhältnis:

Daß die Frau vom Tode ihres Mannes u.U. nicht alsbald Kenntnis erlangt, kann insbesondere dann vorkommen, wenn der Mann auf Reisen oder im Krankenhaus stirbt. Würde ihr Vertrauen auf den Bestand der Schlüsselgewalt nicht geschützt, so würde im Innenverhältnis zu den Erben die Frau aus Geschäften im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises verpflichtet.

Für den Schutz der Frau kommt eine entsprechende Anwendung des § 729 BGB in Betracht. Danach gilt, falls die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst wird, die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß. Wie oben⁴⁴⁾ dargelegt, entspricht die entsprechende Anwendung des Gesellschaftsrechts der gewandelten Auffassung der Ehe als einer Gemeinschaft gleichberechtigter Partner. Gegen die Heranziehung des § 729 BGB bestehen daher keine grundsätzlichen Bedenken. Es bleibt nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die entsprechende Anwendung im einzelnen vorliegen.

§ 729 spricht von „Kündigung“, einem Gestaltungsrecht. Da die Ehe nicht durch Ausübung eines Gestaltungsrechts, sondern durch Gestaltungsurteil aufgelöst wird, entspricht der Kündigung bei der Ehe das Scheidungsurteil/Aufhebungsurteil. Durch den Tod des Mannes wird die Ehe in anderer Weise als durch Gestaltungsurteil aufgelöst. § 729 BGB spricht weiter von einer „durch Gesellschaftsvertrag“ verliehenen Geschäftsführungsbefugnis, und zwar im Gegensatz zur Geschäftsführungsbefugnis, die sich aus einem Einzelauftrag ergibt (insoweit gilt § 674 BGB). Geschützt wird der gute Glaube an den Fortbestand der generellen Geschäftsführungsbefugnis. Dem entspricht die Schlüsselgewalt; denn die Ehefrau erwirbt das Geschäftsführungsrecht ebenfalls nicht durch Einzelakt, sondern mit der Eheschließung kraft Gesetzes. Gegen die entsprechende Anwendung des § 729 BGB bestehen daher keine Bedenken.

Es fragt sich jedoch, ob die Ehefrau nur dann geschützt wird, wenn sie den Tod des Mannes weder kannte noch kennen mußte, oder ob sie entsprechend § 1359 BGB stets geschützt wird, wenn ihre Unkenntnis nicht auf einem Verstoß gegen die Sorgfalt beruht, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

⁴⁴⁾ S. 14.

Für die erstere Lösung spricht, daß nach dem Tode des Mannes keine Verpflichtung mehr besteht, die sich aus dem „ehelichen Verhältnis“ ergibt⁴⁵⁾. Deshalb wird § 1359 BGB z.B. auf die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nach Auflösung der Ehe nicht angewendet⁴⁶⁾.

Es ist aber zu berücksichtigen, daß die Frau von der Auflösung der Ehe ja eben gerade keine Kenntnis hat; sie hat deshalb auch keine Veranlassung, sorgfältiger zu sein, als sie es sonst im Verhältnis zu ihrem Ehemann war. Sie nachträglich mit der schärferen Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit zu belasten, wäre deshalb unbillig. Daher ist zugunsten der Frau § 1359 BGB so lange anzuwenden, als sie von der Auflösung der Ehe keine Kenntnis hat oder — ohne die Verletzung der von ihr sonst geübten Sorgfalt — hätte haben müssen.

Wird daher die Ehe durch Tod des Mannes aufgelöst und hat die Ehefrau vom Tode — ohne Verstoß gegen die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt — keine Kenntnis, so sind im Innenverhältnis zu den Erben die Verbindlichkeiten aus Geschäften im sachlichen Rahmen der Schlüsselgewalt Nachlaßverbindlichkeiten⁴⁷⁾.

b) Das Außenverhältnis:

Im Außenverhältnis kommt ein Schutz gutgläubiger Dritter, die vom Tode des Mannes ohne Fahrlässigkeit keine Kenntnis haben, unter den gleichen Voraussetzungen in Betracht wie im Falle der Auflösung der Ehe durch Scheidung⁴⁸⁾. Dritte werden nach §§ 171, 173 BGB in ihrem Vertrauen auf den Fortbestand der Schlüsselgewalt geschützt, und zwar auch dann, wenn die Ehefrau selbst bei Abschluß des Geschäfts nicht mehr gutgläubig war⁴⁹⁾.

45) Nolde S. 57.

46) Palandt-Lauterbach Anm. 1 zu § 1359 BGB.

47) Ebenso — über § 674 BGB — Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 175; Krüger-Breetzke-Nowack Anm. 2 zu § 1357. Ebenso auch das französische Recht: Rechtsgeschäfte, die der Mandatar in Unkenntnis des Erlöschens des Mandats abgeschlossen hat, sind nach art. 2008 c.civ. für diesen wirksam. Die Geschäfte verpflichten daher im Innenverhältnis die Erben (Kipp S. 94; Steiniger S. 43). Das muß auch für das österreichische Recht angenommen werden. Aus der — für das Außenverhältnis maßgebenden — Vorschrift des § 1026 ABGB ergibt sich die Antwort auch für das Innenverhältnis. Verträge mit Dritten, denen die Aufhebung der Vollmacht unbekannt war, bleiben verbindlich: „Der Gewaltgeber kann sich nur bei dem Gewalthaber, der die Aufhebung verschwiegen hat, wegen seines Schadens erholen“. Ein solcher Schadensersatzanspruch im Innenverhältnis ist danach nicht begründet, wenn der Gewalthaber die Aufhebung der Vollmacht nicht „verschwiegen“ hat, vielmehr selbst unverschuldet nicht kannte. In diesem Falle wirkt das Geschäft auch im Innenverhältnis für und gegen die Erben des Gewaltgebers. Siehe auch Dreising S. 33.

48) Siehe oben S. 52, 45 ff.

49) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 175; Kipp S. 95. Ebenso im französischen Recht gemäß art. 2009 c.civ. in Verbindung mit art. 2008 c.civ., im österreichischen Recht gemäß § 1026 ABGB und im Schweizer Recht nach Art. 34 Abs. 3 OR; a.A. für das deutsche Recht Steiniger S. 35 Note 34.

II. Der Gutglaubensschutz bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten

Die Frage des Gutglaubensschutzes beim Getrenntleben der Ehegatten ist, wie bereits erwähnt, besonders umstritten¹⁾. Schon daran wird deutlich, wie sehr die ganze Problematik des Drittschutzes sich gerade um diese Fallgestaltung bewegt. Das Ruhen der Schlüsselgewalt infolge Trennung der Ehegatten ist der praktisch häufigste und deshalb wirtschaftlich bedeutsamste Fall des Mangels der Schlüsselgewalt.

1. Das Innenverhältnis:

In Betracht kommt auch hier eine entsprechende Anwendung des § 729 BGB²⁾. Voraussetzung ist danach, daß das Geschäftsführungsrecht der Frau entfällt, weil die Ehe in anderer Weise als durch Scheidung aufgelöst wurde. Bei Getrenntleben der Ehegatten besteht nun zwar die Ehe noch. Dieses Bedenken wird man aber mit einem *argumentum a maiore ad minus* beiseite setzen dürfen. Wenn schon bei Auflösung der Ehe das Vertrauen auf den Fortbestand der Schlüsselgewalt solange geschützt wird, bis die Frau von der Auflösung der Ehe Kenntnis erlangt bzw. erlangen mußte, so muß erst recht ihr guter Glaube dann geschützt werden, wenn die Schlüsselgewalt ihr nicht mehr zusteht, obwohl die Ehe nicht aufgelöst worden ist. Für die Vertreter der Auffassung, wonach die Schlüsselgewalt der Ehefrau bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft entfällt, könnte die Frau daher in entsprechender Anwendung des § 729 BGB geschützt werden, bis sie von der Tatsache der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft Kenntnis hat oder bei Anwendung der Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, hätte haben müssen.

Die herrschende Auffassung, nach der die Schlüsselgewalt bei Getrenntleben nur ruht, muß die Frage beantworten, ob § 729 BGB auch entsprechend anwendbar ist, wenn die Geschäftsführungsbefugnis nicht weggefallen ist, jedoch von ihr kein Gebrauch mehr gemacht werden darf. Auch hier ist aber ein *argumentum a maiore ad minus* statthaft: Wird der gute Glaube sogar geschützt, wenn das Recht weggefallen ist, so erst recht dann, wenn das Recht noch besteht und nur die Ausübungsbefugnis entfallen ist.

Daß dies der Auffassung des Gesetzes entspricht, zeigt sich an den entsprechenden Regeln über Wegfall und Ruhen der elterlichen Gewalt: Wie erwähnt, unterscheidet hier das Gesetz zwischen dem Wegfall und dem Ruhen der elterlichen Gewalt. Bei Ruhen ist der betreffende Elternteil nicht berechtigt, die — an sich fortbestehende — elterliche Gewalt auszuüben (§ 1675 n.F. BGB, entsprechend für den Vater früher § 1678 a.F. BGB).

Nach § 1698 a n.F. BGB (entsprechend § 1682 a.F. BGB) wird jedoch das Vertrauen auf den Fortbestand der elterlichen Gewalt geschützt, bis

1) Siehe oben S. 35 ff.

2) Vgl. oben S. 53.

die Eltern von ihrer Beendigung Kenntnis haben oder bei Anwendung der von ihnen in eigenen Angelegenheiten angewendeten Sorgfalt (§ 1664 BGB) hätten haben müssen. Nach § 1698 a Abs. 2 n.F. BGB (§ 1682 Abs. 2 a.F. BGB) gilt dies entsprechend, wenn die elterliche Gewalt ruht.

Ein derartiger Schutz ist auch für die Ehefrau entsprechend § 729, § 1359 BGB zu bejahen.

Die praktischen Konsequenzen eines solchen Schutzes sind durchaus nicht unübersehbar. Denn es scheiden hierfür alle Fälle aus, in denen sich die Frau vom Manne trennt oder in denen der Mann die Frau in der — sei es ausgesprochenen, sei es nach den Umständen als Grund allein in Betracht kommenden — Absicht verläßt, die eheliche häusliche Gemeinschaft zu verweigern. Praktisch bleiben als Fälle, in denen ein guter Glaube der Frau an das Fortbestehen der häuslichen Gemeinschaft denkbar ist, nur die Fälle des sogenannten nachgefaßten Trennungswillens übrig. Hierher gehören die Fälle, daß der Mann zunächst nur aus Gründen von Hause abwesend war, die die häusliche Gemeinschaft unberührt ließen (Reise, Haft, Wehrdienst, Kriegsgefangenschaft), daß er aber in irgendeinem Zeitpunkte den der entferntlebenden Ehefrau nicht notwendig alsbald bekanntwerdenden Entschluß faßt, die häusliche Gemeinschaft mit ihr künftig nicht fortzusetzen. In diesen Fällen wird die Ehefrau in ihrem Vertrauen auf den Fortbestand der häuslichen Gemeinschaft geschützt, bis sie von dem Entschluß des Mannes und damit von der Tatsache der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft Kenntnis hat oder bei Anwendung der von ihr in eigenen Angelegenheiten geübten Sorgfalt hätte haben müssen (§ 1359 BGB). Dies wird man — abgesehen von dem Fall, daß der Mann der Frau seinen Entschluß mitteilt — spätestens dann annehmen müssen, wenn der Mann nach Wegfall der die Abwesenheit bedingenden Gründe der ehelichen häuslichen Gemeinschaft fernbleibt, also etwa nach Entlassung aus der Haft, der Kriegsgefangenschaft etc. Kehrt der Mann alsdann nicht zur Frau zurück, obwohl er es könnte, so ist der gute Glaube der Frau spätestens zerstört, wenn sie vom Wegfall der die Abwesenheit bedingenden Gründe erfährt.

2. Das Außenverhältnis:

Die Fälle, in denen Dritte auf den Fortbestand der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten vertrauen, werden naturgemäß zahlreicher sein als entsprechende Fälle im Innenverhältnis. Ob die Frau sich vom Manne entfernt hat oder umgekehrt, ob die Frau — mit oder ohne Kinder — in der alten Wohnung lebt oder in einer neuen, in jedem Falle können diese Umstände, wenn nicht irgendwelche Anhaltspunkte auf einen der äußeren Trennung zugrundeliegenden ehefeindlichen Willen hinweisen, auch so gedeutet werden, als bestünde die eheliche häusliche Gemeinschaft fort. Die Trennung der Frau vom Mann mag durch eine Urlaubs- oder Erholungsreise oder eine Kur, eine Krankenbehandlung, die Trennung des Mannes von der Frau durch eine Geschäftsreise, durch Krankheit, Wehrdienst, Inhaftierung bedingt sein, das getrennte Wohnen kann berufliche Gründe haben, die Frau mag die neue eheliche Wohnung zunächst für eine Über-

gangszeit allein bewohnen, um sie fertig einzurichten. Da die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten von subjektiven Umständen, nämlich dem Trennungswillen abhängt³⁾, dieser aber für Dritte nicht ohne weiteres erkennbar zu sein braucht, ist praktisch kaum eine Fallgestaltung der Trennung der Ehegatten denkbar, bei der nicht ein Dritter gutgläubig auf das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft und damit auf das Bestehen der Schlüsselgewalt der Ehefrau vertrauen mag.

Sofern der Ehemann weiß, daß seine Frau nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft als seine Vertreterin auftritt, und dies duldet oder sofern er ihr Auftreten hätte erkennen und verhindern müssen, kommen wieder die Grundsätze der Duldungsvollmacht oder der Vollmacht kraft Rechtsscheins zur Anwendung⁴⁾. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen eine derartige Vollmacht nicht angenommen werden kann. Dies gilt zum Beispiel, wenn der Ehemann das Auftreten seiner Frau ohne Fahrlässigkeit nicht kennt oder es jedenfalls nicht verhindern kann (Haft, Aufenthalt in Heilanstalt, Kriegsgefangenschaft). Falls die Aufhebung auf dem Trennungswillen des Mannes beruht, könnte man eine stillschweigende Bevollmächtigung u.U. sogar dann annehmen, wenn der Mann das Auftreten der Frau zu verhindern nicht in der Lage ist. Das wäre aber jedenfalls nicht angängig, wenn der Entschluß, die eheliche häusliche Gemeinschaft nicht fortzusetzen, bei der Frau liegt, mag der Mann den Trennungswillen kennen oder nicht. In diesen Fällen verursacht er keinen Rechtsschein; den Rechtsschein, daß die häusliche Gemeinschaft noch bestehe, verursacht allenfalls die Frau.

Insoweit ist aber wiederum der Schutz gutgläubiger Dritte nach §§ 171, 173 BGB angebracht⁵⁾. Selbst wenn die Trennung von der Frau ausgeht, diese also nicht „gutgläubig“ ist, werden Dritte in ihrem Ver-

3) Siehe oben S. 22 f.

4) Siehe oben S. 45 f. Im französischen Recht wird — ganz wie bei der union libre — eine quasideliktische Haftung des Ehemannes in Betracht gezogen. Der Mann, der trotz Trennung die Frau gewähren läßt, „induit les tiers en erreur sur la situation légale de sa femme et commet un quasidélit le rendant non recevable à se plaindre des faits qui engagent sa responsabilité personnelle.“ Req. 8 nov. 1905 D.P. 1906. 1. 14. Dieser Umweg wäre heute nach der Novelle von 1942 über eine entsprechende Anwendung der Mandats-Vorschriften, art. 2008, 2009 c.civ., zu vermeiden. Ebenfalls über art. 1302, 1303 c.civ. ist die Haftung des Mannes in der Entscheidung Paris 23 nov. 1932 D.P. 1934. 2. 97 begründet worden. Hier lag aber ein Fall des guten Glaubens an das mandat domestique nicht vor; denn die Frau war unter ihrem Mädchennamen aufgetreten.

5) Siehe oben S. 46 f. Im Schweizer Recht wird überraschenderweise nicht Art. 34 OR, der den §§ 171, 173 BGB entspricht, angewendet. Das mag seinen Grund in der Überlegung haben, daß die Ehefrau nicht den Ehemann, sondern die Gemeinschaft vertritt. Indessen, da die Vertretungsmacht der Ehefrau das Recht gibt, Verbindlichkeiten für den Mann zu begründen, könnte für die Frage, ob der Mann auch haftet, wenn die Vertretungsmacht fehlt, Art. 34 OR entsprechend Anwendung finden. Das wäre der analogen Anwendung des. den sachlichen Umfang, nicht aber die zeitliche Geltung der Schlüsselgewalt bestimmten Art. 163 Abs. 2 ZGB m.E. vorzuziehen. Art. 163 Abs. 2 läßt sich aber immerhin entnehmen, daß für den Umfang der Schlüsselgewalt maßgebend ist, was Dritten erkennbar ist. Dieser Grundsatz liegt auch §§ 171, 173 EGB und Art. 34 OR zugrunde. Im Ergebnis besteht daher kein Unterschied; Lemp Berner Kommentar N. 23 zu Art. 163 ZGB; Egger Zürcher Kommentar N. 11 zu Art. 163 ZGB, der auch auf Art. 34 OR hinweist.

Im österreichischen Recht ergibt sich wiederum aus § 1026 ABGB, daß Dritte auf die Vollmacht vertrauen können, solange sie von der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft unverschuldet keine Kenntnis haben.

trauen solange geschützt, bis sie vom Ruhen der Schlüsselgewalt Kenntnis haben oder hätten haben müssen⁶⁾.

Es fragt sich jedoch, wann der Dritte bösgläubig ist. Wenn das Gesetz die Kenntnis bestimmter Umstände verlangt, so ist hierfür regelmäßig die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die fraglichen Umstände ergeben, nicht ausreichend⁷⁾. Der Dritte kennt daher das Ruhen der Schlüsselgewalt nicht schon dann, wenn er Tatsachen kennt, aus denen sich das Ruhen ergibt, sondern erst, wenn er aus den Tatsachen auch den Schluß zieht, die Frau sei zur Ausübung der Schlüsselgewalt nicht mehr befugt. Bei Kenntnis solcher Tatsachen, aus denen sich das Ruhen der Schlüsselgewalt eindeutig und ohne weiteres ergibt, also bei Kenntnis der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, wird jedoch der Dritte regelmäßig das Ruhen der Schlüsselgewalt infolge von Fahrlässigkeit nicht kennen, so daß er nach § 173 BGB alsdann nicht geschützt wird. Fraglich ist jedoch, ob der Dritte auch dann den Schutz des § 171 BGB verliert, wenn er Tatsachen kennt, aus denen auf die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft geschlossen werden kann, diesen Schluß jedoch nicht zieht und deshalb übersieht, daß die Schlüsselgewalt ruht.

Im Interesse des Geschäftsverkehrs darf man an die Erkundigungs- und Nachprüfungspflicht des Dritten keine zu strengen Anforderungen stellen. Weiß der Dritte z.B., daß der Ehemann abwesend ist, so braucht dies nicht zu bedeuten, daß die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Das wird es im Gegenteil in aller Regel nicht bedeuten. Man muß bei dieser Frage berücksichtigen, daß das Vertrauen des Dritten gerade deshalb geschützt zu werden verdient, weil er auf den Normalfall vertraut. Daher ist, wenn der Dritte Tatsachen kennt, aus denen sich auf die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft schließen läßt, sorgfältig zu prüfen, ob dieser Schluß sich dem Dritten bei Anspannung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aufdrängen mußte und insbesondere, ob ihm Erkundigungen oder gar Nachprüfungen zuzumuten waren. Dafür ist vor allem von Bedeutung, ob die Frau regelmäßig oder das erste Mal einkaufte. Wenn die Frau, was bei Kreditgeschäften die Regel sein dürfte, nicht das erste Mal bei dem Dritten einkauft, wird man ihm den Schutz aus § 171 BGB erst dann versagen, wenn er nicht bloß Tatsachen kannte, aus denen bei verständiger Würdigung auf die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zu schließen war, sondern wenn er zumutbare Nachforschungen unterlassen hat, obwohl sich ihm mindestens die Möglichkeit aufdrängen mußte, die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten könne aufgehoben und daher die Frau zur Ausübung der Schlüsselgewalt nicht mehr befugt sein.

⁶⁾ Eine analoge Anwendung des § 1357 Abs. 2 BGB ist häufig erwogen und meist abgelehnt worden (siehe oben S. 35 f.). Im Ergebnis ist m.E. denen zuzustimmen, die eine Analogie ablehnen. Allerdings nicht deshalb, weil die „Ausnahmevorschrift“ den Schutz des guten Glaubens in anderen Fällen verböte, sondern weil § 1357 Abs. 2 BGB auf die besondere Lage der Beeinträchtigung der Schlüsselgewalt durch einen Willensakt des Ehemannes zugeschnitten ist. Wo es an einer derartigen Willensbetätigung fehlt, wo sich vielmehr der Mangel der Vertretungsmacht aus dem Fehlen gesetzlicher Voraussetzungen ergibt, da wäre die Privilegierung des Dritten, dem nach § 1357 Abs. 2 i.V. m. § 1412 Abs. 1 BGB nur positive Kenntnis des Mangels schadet, nicht am Platz. Anders jedoch Maurer S. 37.

⁷⁾ Vgl. z.B. § 121, I, § 687, II, § 814; Palandt-Gramm, Anm. 2 a zu § 814.

Es ergibt sich danach, daß Dritte sich nicht schlechthin, ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben, an den Ehemann halten können, wie dies das französische Recht aufgrund der Verknüpfung der Vertretungsmacht mit dem Unterhaltsanspruch der Frau — im Falle der *séparation de fait* — annimmt⁸⁾. Es besteht kein Bedürfnis, Dritte zu „schützen“, wenn sie wissen — oder wissen müssen —, daß die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht. Nachdem die Schlüsselgewalt heute auch in Frankreich eine der Ehefrau vom Gesetz eingeräumte, nicht mehr vom vermuteten Willen des Ehemannes abhängige Vertretungsmacht ist, sollten keine Bedenken bestehen, auch bei der vom Ehemann veranlaßten *séparation de fait* die Vorschriften über den Schutz des Vertrauens auf den Bestand der Vertretungsmacht anzuwenden, wie dies schon bisher geschah, wenn die Frau den Mann verlassen hatte. Der mit der Frau abschließende Gläubiger, „sachant qu'il lui permettait ainsi de résider illicitement séparée du mari“⁹⁾, kann sich nicht an den Mann halten. Das könnte als Hinweis auf deliktisches Verhalten des bösgläubigen Gläubigers verstanden werden, ebensowohl aber auch als Anwendung des Grundsatzes, daß sich nur an den Mandanten halten kann, wer vom Erlöschen des Mandats keine Kenntnis hat, (art. 2009 c.civ.).

In anderen Fällen der Trennung, bei der *séparation de corps* (art. 306 c.civ.), der *séparation judiciaire de résidence* (art. 215 al.2.c.civ.), aber auch während des Scheidungsverfahrens, in denen überwiegend der Wegfall des *mandat domestique* angenommen wird¹⁰⁾, soll ein Bedürfnis für den Schutz Dritter nicht bestehen. In der Ablehnung des Gutgläubensschutzes klingt allerdings auch wieder die das Innenverhältnis betreffende Unterhaltsfrage an. „La vie matérielle des époux est alors organisée par le juge et les tiers n'ignorent pas la rupture“¹¹⁾. Das kann der Fall, kann aber auch einmal anders sein. Die Behauptung, Dritte „peuvent difficilement ignorer la mésintelligence des époux qui plaident en divorce“¹²⁾, ist jedenfalls angesichts der modernen (städtischen) Verhältnisse nicht überzeugend. Schon das die *séparation de corps* aussprechende Urteil hat nicht die Publizität des Scheidungsurteils; es wird in der Regel nur durch Gerichtsaushang bekannt gemacht¹³⁾. Und „cette publicité est d'ailleurs insuffisante à raison de l'intérêt souvent considérable que la séparation de corps présente pour les tiers“¹⁴⁾. Die Gestattung eines getrennten Wohnsitzes nach art. 215 al.2 c.civ. oder während des Scheidungsverfahrens unterliegen aber überhaupt keiner Publizität. An dem Bedürfnis für den Schutz des guten Glaubens kann daher nicht wohl gezweifelt werden. Daß in allen diesen Fällen trotzdem nicht art. 2009 c.civ. angewendet wird, um den Mann zugun-

⁸⁾ Siehe oben S. 28.

⁹⁾ Aubry-Rau S. 125; Trib. civ. de la Seine 27 avr. 1931 D.H. 1932. 374.

¹⁰⁾ Boutard S. 127; Planiol-Ripert No. 2152; Marty-Raynaud § 533; Trib. de paix de Belfort 18 déc. 1953 D. 1954. J. 52.

¹¹⁾ Marty-Raynaud § 533.

¹²⁾ Trib. de paix de Belfort 18 déc. 1953 D 1954. 52.

¹³⁾ Marty-Raynaud § 654;

¹⁴⁾ Marty-Raynaud a.a.O. Deshalb sollen im Schweizer Recht bei Trennung nach Art. 146 ff. ZGB Dritte geschützt werden, Pfyster S. 63.

sten gutgläubiger Dritter heranzuziehen, beruht auf der Überbewertung des Innenverhältnisses, die sich durch das ganze komplizierte und unübersichtliche System des mandat domestique zieht¹⁵⁾, und in der noch heute die Unsicherheit der alten Lehre vom mandat tacite nachwirkt.

¹⁵⁾ Auch in dem Werk von Boutard, der die hier interessierenden Fragen vorwiegend aus dem Blickwinkel der Frau, nicht der Haushaltsgläubiger, behandelt.

F. Die Zerstörung des guten Glaubens

In dem vorhergehenden Abschnitt ist das Vertrauen auf den Bestand der Schlüsselgewalt sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis sehr weitgehend geschützt worden. Wenn nun auch der Zweck der Schlüsselgewalt diese Lösung im Interesse des Geschäftsverkehrs erforderlich macht, so darf sie doch die Interessen des Ehemannes nicht außer Acht lassen. Ein so weitgehender Gutglaubensschutz ist nur dann unbedenklich, wenn der Mann, auf dessen Kosten das Vertrauen geschützt wird, den guten Glauben in geeigneter Weise zerstören kann, um Verpflichtungen zu entgehen, die ihm nur im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auferlegt werden. Das ist der Mangel der französischen Lehre und der Auffassung einiger deutscher Autoren¹⁾, die u.U. die Schlüsselgewalt selbst dann fortbestehen lassen, wenn ein guter Glaube gar nicht vorliegt. Das ist unbillig und läßt sich auch nicht mit der Überlegung rechtfertigen, daß es nicht Aufgabe Dritter, sondern nur des Ehemannes sein könne, die Frau vom Abschluß von Schlüsselgewaltsgeschäften abzuhalten, wenn ihr die Schlüsselgewalt nicht mehr zusteht. Diese Argumentation verteilt das Risiko nur richtig, wenn der Dritte gutgläubig ist. „Tout considéré, s'il faut que quelqu'un souffre de la mauvaise conduite d'une femme en pareil cas, il vaut mieux que ce soit le mari que le marchand qui a livré sa marchandise à la bonne foi“²⁾. Ist dem Kaufmann dagegen der Mangel der Vertretungsmacht bekannt, so weiß er, daß er es mit einem vollmachtlosen Vertreter zu tun hat. Für eine Abwälzung des sich aus dem Abschluß mit einem vollmachtlosen Vertreter ergebenden Risikos auf den Geschäftsherrn besteht weder ein Bedürfnis noch eine Möglichkeit.

Es ist deshalb abschließend zu untersuchen, mit welchen Mitteln der Ehemann einer Haftung für Haushaltsgeschäfte trotz fehlender Schlüsselgewalt entgehen kann.

I. Das Innenverhältnis

Die Zerstörung des guten Glaubens der Frau wird dem Mann in den meisten Fällen keine Schwierigkeiten bereiten.

1. In den Fällen der Nichtehe, der nichtigen Ehe, der Aufhebung und der Scheidung der Ehe können, wie oben dargelegt, Geschäfte nur dann im Innenverhältnis für den Mann verbindlich sein, wenn er die Frau beauftragte oder sie doch aus seinem Verhalten auf eine stillschweigende rechtsgeschäftliche Auftragserteilung schließen durfte. Einen entgegenstehenden Willen braucht der Mann nur der Frau zu erklären. Entfernt er sich aus

1) Siehe oben S. 18 f.

2) Valin, zitiert bei Aubry-Rau S. 126 Note 54.

der häuslichen Gemeinschaft, so wird die Frau regelmäßig auf den Fortbestand des Auftrages nicht mehr vertrauen dürfen.

2. Wird dagegen die Ehe durch Tod des Mannes aufgelöst, so wird die Schlüsselgewalt als fortbestehend anzusehen sein, bis die Frau vom Tode des Mannes benachrichtigt wird.

Das bedeutet, daß die Erben des Mannes stets für die Haushaltsgeschäfte aufzukommen haben, die von der Frau vorgenommen werden, ehe sie vom Tode des Mannes erfährt oder erfahren mußte. Das ist aber auch nicht unbillig. Sind doch auch die Eltern gemäß § 1682 a BGB (entsprechend dem früheren § 1682 a.F. BGB, der dies für den Vater bestimmte) nach Beendigung der elterlichen Gewalt berechtigt, die üblichen Geschäfte fortzuführen, bis sie von der Beendigung Kenntnis erlangen.

3. Schwierigkeiten ergeben sich lediglich im Falle der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft. Gutgläubig kann die Frau hier nur sein, wenn der Mann sich entfernt und nicht die Absicht, die eheliche häusliche Gemeinschaft zu verweigern ausdrücklich erklärt wird oder aus den Umständen hervorgeht. Es bleibt also praktisch nur der Fall des sog. nachgefaßten Trennungswillens übrig. Der Mann kann hier den guten Glauben der Frau zerstören, indem er ihr die Tatsache, daß er die häusliche Gemeinschaft weigere, mitteilt. Das gleiche gilt, wenn die Frau sich vom Mann entfernt hat, und aus der Weiterbezahlung ihrer Lebensbedürfnisse auf einen rechtsgeschäftlichen Auftrag vertrauen durfte. Auch hier kann der Mann durch eine entsprechende Erklärung den guten Glauben der Frau zerstören.

Zweifelhaft ist jedoch, ob der Mann der Frau die Schlüsselgewalt auch entziehen kann, wenn die Eheleute getrennt leben. Die Frage ist umstritten³⁾. Da ihre Bedeutung jedoch vorwiegend im Außenverhältnis liegt, soll sie dort erörtert werden. Für das Innenverhältnis kann jedenfalls festgehalten werden, daß es dem Manne in allen Fällen ohne Schwierigkeiten möglich ist, durch entsprechende Erklärungen gegenüber der Frau die Haftung für deren Besorgungen auszuschließen, so daß der Gutglaubenschutz den Mann nicht unbillig belastet.

II. Das Außenverhältnis

Die eigentlichen Schwierigkeiten treten im Außenverhältnis auf, und zwar schon darum, weil der Kreis von Personen, die möglicherweise auf den Bestand der Schlüsselgewalt vertrauen könnten, für den Mann nicht überschaubar zu sein braucht.

1. In den Fällen der Nichtehe, der nichtigen Ehe, der Aufhebung und Scheidung der Ehe bleibt für den Mann, wenn er die betreffenden Gläubiger nicht kennt und daher nicht einzeln benachrichtigen kann, nur übrig, die offen erteilte Vollmacht, auf deren Fortbestand Dritte vertrauen könnten, in der gleichen Form zu widerrufen, in der sie erteilt wurde (§ 171 Abs. 2 BGB), indem er sich von der Frau trennt.

³⁾ Siehe unten S. 64 f. mit Fußnoten 10, 13)

Tut er dies nicht, so kann er versuchen, die möglichen Gläubiger einzeln oder durch Zeitungsannoncen davon zu benachrichtigen, daß er für Geschäfte der Frau nicht aufkommen werde; er läuft dann aber Gefahr, Dritten, die übersehen wurden oder die von der Annonce keine Kenntnis erlangten oder erlangen mußten, gleichwohl zu haften (§ 173 BGB).

2. Bei Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes wird es zur Zerstörung des guten Glaubens Dritter genügen, wenn der Tod in der üblichen Weise durch eine Zeitungsanzeige bekanntgemacht wird. Alsdann läßt sich sagen, daß Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht der Frau jedenfalls kennen mußten. Ob das auch für die Bekanntgabe beurkundeter Sterbefälle in der Zeitung zu bejahen ist, könnte erwogen werden. Man würde damit jedoch dieser Rubrik eine den öffentlichen Registern entsprechende Bedeutung zuerkennen. Die Fiktion der Kenntnis einer etwa im Güterrechtsregister eingetragenen Tatsache beruht jedoch auf der gesetzgeberischen Annahme, daß der sorgfältige und vorsichtige Geschäftspartner vor Geschäftsabschluß in das Register Einblick nehmen könne, aus dem die rechtserheblichen Tatsachen hervorgehen. Diese Wirkung kann der Bekanntmachung beurkundeter Sterbefälle nicht zuerkannt werden, da hier eine solche Annahme nicht unterstellt werden kann.

Wird der Tod nicht durch Zeitungsanzeige bekanntgemacht, so bleibt auch hier noch der Weg der Einzelbenachrichtigung. Die Erben tragen dann aber das aus § 173 folgende Risiko, daß der eine oder andere Gläubiger übersehen wurde.

3. Auch im Falle der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft kann der Ehemann versuchen, den guten Glauben Dritter dadurch zu zerstören, daß er ihnen die Trennung und das sich aus ihr ergebende Ruhen der Schlüsselgewalt mitteilt. Das reicht jedoch im Hinblick auf § 173 BGB wiederum nicht aus, da er die möglichen Gläubiger nicht zu kennen braucht. Daher käme wiederum nur eine entsprechende öffentliche Erklärung — etwa durch die Zeitung — in Betracht. Nun mag man sich an dem Gedanken einer Zeitungsannonce dann nicht stoßen, wenn die Ehe aufgelöst ist. Auch bestehen rechtlich keine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer in sachlicher Form abgefaßten entsprechenden Anzeige⁴⁾, trotz der damit verbundenen Gefahr einer Beeinträchtigung des Ansehens der Frau. Es wird aber nicht jedem Ehemann liegen, die Tatsache, daß er von seiner Frau getrennt lebt, in einer Zeitung bekanntzumachen. Die Bedenken hiergegen sind durchaus ernst zu nehmen und verdienen Anerkennung. Es ist deshalb erwogen worden, ob der Ehemann das Ruhen der Schlüsselgewalt infolge Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft in entsprechender Anwendung des § 1357 Abs. 2 BGB in das Güterrechtsregister eintragen lassen kann.

Die Frage ist umstritten gewesen⁵⁾, doch wird heute die Eintragung des Ruhens der Schlüsselgewalt allgemein abgelehnt⁶⁾. Soweit bei Tren-

⁴⁾ Warneyer Anm. zu § 1357; RGZ 60, 12 (16).

⁵⁾ ja: Hamburg OLG 12, 300; unentschieden: BayObLG OLG 30, 37.

⁶⁾ Erman-Ronke Anm. 3 zu § 1357; Soergel-Vogel Anm. 1 zu § 1357; Palandt-Lauterbach Anm. 2 a zu § 1357; OLG Hamm MDR 51, 749.

nung der Ehegatten der Wegfall der Schlüsselgewalt angenommen und ein Schutz gutgläubiger Dritter grundsätzlich abgelehnt wird, versteht sich dies Ergebnis von selbst⁷⁾). Aber auch für die herrschende Auffassung kann eine Eintragung des Ruhens der Schlüsselgewalt nicht in Betracht kommen, da sie im Gesetz nicht vorgesehen ist. Das Güterrechtsregister ist — wie übrigens alle öffentlichen Register — nur zur Eintragung solcher Tatsachen bestimmt, die im Gesetz als eintragungsbedürftig bezeichnet sind und an deren Eintragung oder Nichteintragung das Gesetz Rechtswirkungen knüpft⁸⁾). Diese Begründung wird, obwohl sie formalistisch wirkt, auch der Interessenlage gerecht. Zwar könnte wegen des sehr weitgehenden Gutglaubensschutzes ein Bedürfnis für die Eintragung u.U. bejaht werden. Nicht alle Tatsachen aber, an die ein guter Glaube anknüpfen könnte, sind darum auch eintragungsfähig⁹⁾). Denn die Fiktion der Kenntnis eingetragener Tatsachen beruht, wie bereits angedeutet wurde, auf der Annahme, wer sorgfältig und vorsichtig sei, nehme vor Abschluß eines Geschäfts in das Register Einblick. Zur Einblicknahme besteht jedoch nur Anlaß bei Zweifeln über das Vorliegen von Tatsachen, für die das Gesetz die Eintragung vorsieht. Bei anderen als den hiernach eintragungsfähigen Tatsachen könnte Dritten nicht mit Recht entgegengehalten werden, sie hätten sich durch Einblick in das Register Klarheit verschaffen können und müssen. Die Fiktion der Kenntnis — die für den Geschäftsverkehr ohnehin lästig ist — würde sonst unzulässig auch auf solche Tatsachen erstreckt, mit deren Ersichtlichkeit aus dem Register, weil sie gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, niemand rechnet und zu rechnen braucht.

Wenn danach das Ruhen der Schlüsselgewalt nicht ins Güterrechtsregister eingetragen werden und sich der Mann auf diese Weise nicht schützen kann, so ist weiter zu erwägen, ob der Ehemann bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Frau die Schlüsselgewalt entziehen und dies im Güterrechtsregister eintragen lassen kann. Auch in dieser Frage besteht keine Einigkeit.

Abgelehnt wird dies von denen, die annehmen, bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft falle die Schlüsselgewalt weg¹⁰⁾). Selbst auf dem Boden dieser Auffassung ist der Schluß jedoch nicht zwingend, da die Begründung eines Rechtsmangels sich aus mehreren Tatsachen ergeben kann; insbesondere zur Vernichtung eines Rechtsscheins wird ja auch die Anfechtung eines nichtigen Rechtsgeschäfts zugelassen¹¹⁾). Aber auch innerhalb der herrschenden Auffassung ist umstritten, ob der Ehemann die — ruhende — Schlüsselgewalt ausschließen kann und, wenn ja, aus welchen Gründen.

7) RGRKomm. 9. Anm. 8 zu § 1357; vgl. Müller-Freienfels SG S. 418.

8) Colmar OLG 6, 278 und 10, 277; KG OLG 12, 303; KGJ 24 A 78; 30 A 156 und 37 A 206.

9) Das verkennt Maurer, die sich S. 38 ff. gegen Müller-Freienfels und OLG Hamm MDR 51, 741 wendet.

10) Nach RGR Komm. 9. Anm. 8 zu § 1357 ist der Ausschluß „gegenstandslos“ (aber aufgegeben in RGRKomm. 10 11. Anm. 20 zu § 1357); nach Lehmann FamR S. 58 „unnötig“. Lehmann will allerdings Dritte „entspr. § 1357 II 2“ schützen, so daß die Eintragung wenigstens des Wegfalls in Folge der Trennung nicht unnötig wäre. Wie gezeigt, wäre sie aber unzulässig, so daß nur die Zulassung des Ausschlusses helfen kann.

11) Vgl. die Lehre von den Doppelwirkungen im Recht, Th. Kipp S. 211 ff.

Gegen diese Möglichkeit scheint wiederum ein logisches Argument zu sprechen, das vom Kammergericht in einer Entscheidung, die sich mit der ähnlichen Frage der Entziehung der ruhenden elterlichen Gewalt des Vaters (§§ 1677, 1685 Abs. 2 a.F. BGB) befaßt, dahin formuliert worden ist: „Da ihm dieses Recht für die Dauer der Feststellung des Ruhens der elterlichen Gewalt nicht mehr zustand, konnte es ihm auch nicht mehr genommen werden“¹²⁾. Abgesehen von den bereits erwähnten Bedenken gegen einen solchen, nur scheinbar zwingenden Schluß, befriedigt diese Argumentation hier nicht; denn im Gegensatz zur elterlichen Gewalt, wo der gute Glaube an ihren Bestand im Außenverhältnis nicht geschützt wird, handelt es sich bei der Schlüsselgewalt darum, ob nicht der Anschein der fortbestehenden Vertretungsmacht wirksam soll zerstört werden können. Auch wenn die Ehefrau die Schlüsselgewalt nicht mehr ausüben darf, falls die Eheleute getrennt leben, so kann sie es doch noch, da der Ehemann gutgläubigen Dritten haftet. Dieser Gefahr könnte der Ehemann am wirksamsten vorbeugen, wenn er die Schlüsselgewalt, obwohl sie ruht, ausschließen dürfte. Es ist hier daran zu erinnern, daß ein umfassender Schutz gutgläubiger Dritter nicht auf Kosten eines wehrlosen, weil wirksamer Mittel zur Zerstörung des guten Glaubens entbehrenden Ehemannes gehen darf. Sonst würde man die Voraussetzungen der Schlüsselgewalt preisgeben und in Wahrheit den Ehemann entgegen der gesetzlichen Regelung haften lassen, solange das Eheband besteht. Demgegenüber kann das logisch ohnedies nicht zwingende Argument, eine der Frau nicht mehr zustehende Vertretungsmacht könne ihr nicht mehr genommen werden, nicht ins Gewicht fallen.

Die Zulässigkeit der Ausschließung der Schlüsselgewalt ist danach auch für den Fall zu bejahen, daß die Eheleute getrennt leben¹³⁾. Es ist jedoch weiter fraglich, ob die bloße Tatsache der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft den Ausschluß der Schlüsselgewalt rechtfertigt¹⁴⁾ oder ob weitere Umstände hinzutreten müssen, damit ein „ausreichender Grund“ (§ 1357 Abs. 2 Satz 1 BGB) für die Entziehung bejaht werden kann.

Einerseits wird geltend gemacht, durch die Entziehung der Schlüsselgewalt werde die Frau, wenn ihr die Ausübungsbefugnis ohnehin fehle, nicht beschwert. „Es werden dadurch nur Dritte gegen möglicherweise eintretende Nachteile geschützt, Rechte der Frau aber in keiner Weise beeinträchtigt“¹⁵⁾. Demgegenüber wird aber auf die Beeinträchtigung des Ansehens und der persönlichen Kreditfähigkeit der Frau hingewiesen, die ihr erspart werden müßten, wenn sie nicht etwa durch unsachgemäße oder gar verschwenderische Einkäufe zur Entziehung Anlaß gegeben habe¹⁶⁾. Dieses Bedenken wiegt nun allerdings nicht allzu schwer. Der Mann muß

12) KG JFG 13, 265; KG OLG 14, 218.

13) RGZ 60, 12 (15); OLG München JFG 14, 12 und 224; Hamburg OLG 21, 213; Rostock OLG 26, 260; BayObLG OLG 30, 37; KGJ 45 A 192; 53 A 20; KG DJZ 1932, 100; OLG Köln JMBInRW 1954, 6; Amtsgericht Bonn FamRZ 55, 260; OLG Hamm MDR 51, 740 und FamRZ 58, 465; BayObLG FamRZ 59, 504; RGRKomm 10/11. Anm. 20 zu § 1357; Palandt-Lauterbach Anm. 4 zu § 1357.

14) So Josef, Recht 88, 442; Nolde S. 35; Ganse S. 28.

15) Rostock OLG 26, 260, (262); ebenso Hamburg OLG 2, 368 und 12, 300.

16) BayObLG OLG 30, 37; KG OLG 30, 39.

das Recht haben, öffentlich — etwa durch die Zeitung — bekanntzugeben, daß seiner Frau, die Schlüsselgewalt nicht mehr zustehe, sofern er dies in einer sachlichen und in der Formulierung möglichst schonenden Form tut¹⁷⁾. Dieser Weg wird der Frau aber stets unangenehmer sein als die Eintragung im Güterregister.

Für die Beantwortung der Frage, ob die bloße Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft den Ausschluß der Schlüsselgewalt rechtfertigen kann, ist zunächst zu berücksichtigen, daß im Innenverhältnis in erster Linie gilt, was die Ehegatten selbst für ihre vermögens- und unterhaltsrechtlichen Beziehungen sowie für die Ordnung ihres Zusammenlebens bestimmen. Die Ehegatten legen fest, in welcher Form der Familienunterhalt erbracht wird, ob die Frau den Haushalt führt, im Geschäft des Mannes mitarbeitet oder einer sonstigen Tätigkeit nachgeht, um mit dem Arbeitsverdienst zum Unterhalt beizutragen. Grundsätzlich ändert sich hieran auch durch die Trennung nichts. Die Ehefrau führt aber den ehelichen Haushalt nicht mehr. Sie bedarf daher auch nicht mehr der Schlüsselgewalt. Da sie die Schlüsselgewalt nicht mehr ausüben darf, kann der Mann die Schlüsselgewalt ausschließen, ohne damit die Rechte der Frau im Innenverhältnis irgendwie zu beeinträchtigen. Wie jede Rechtsausübung fände die Ausschließung ihre Grenze allerdings am Schikaneverbot (§ 226 BGB). Regelmäßig wird der Mann von dem Ausschließungsrecht jedoch aus Vorsicht Gebrauch machen und nicht lediglich, um der Frau Schaden zuzufügen. M.E. verlangt man zu viel, wenn für die sachliche Rechtfertigung des Ausschlusses die Gefahr vorliegen soll, daß die Frau sich des Abschlusses von Schlüsselgewaltsgeschäften trotz der Trennung nicht enthält oder daß sie der Meinung Ausdruck gibt, die Schlüsselgewalt stehe ihr noch zu¹⁸⁾. Die Gefahr, daß die Frau von der Möglichkeit, den Mann gegenüber gutgläubigen Dritten zu verpflichten, auch Gebrauch machen werde, kann nicht verlangt werden, damit der Ausschluß zulässig sei. Vielmehr genügt es, wenn der Ausschluß nicht sachlich ungerechtfertigt ist, also die Frau nicht in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt. Das aber ist nicht der Fall.

Zweifelhaft könnte sein, ob dies auch im Außenverhältnis gilt, weil immerhin eine gewisse Schmälerung des Ansehens der Frau eintreten kann. Diese muß jedoch von der Frau hingenommen werden. Die im Innenverhältnis zulässige Ausschließung der Schlüsselgewalt kann nicht im Außenverhältnis sachlich ungerechtfertigt sein; denn die Eintragung der Ausschließung hat nur deklaratorische Wirkung, sie stellt nicht selbst einen Eingriff dar. Maßgebend ist die Wirksamkeit der Entziehung. Kann diese bejaht werden, so ist die Eintragung ohne weiteres zulässig.

Der Ehemann hat daher ausreichende Möglichkeiten, auch im Außenverhältnis den guten Glauben an den Bestand der Schlüsselgewalt zu zerstören.

¹⁷⁾ RGZ 60, 12 (16).

¹⁸⁾ Hamburg OLG 2, 368; OLG München JFG 14, 12.

Literaturverzeichnis

- Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Auflage, Berlin 1958
- Anders, v., Grundriß des Familienrechts, Leipzig 1899
- Arnold, Zur Neuregelung der Schlüsselgewalt, FamRZ 1958, 193
- Aubry & Rau, Droit civil Français, Band VII, 6. Auflage, hrsg. von Esmein, Paris 1948
- Beitzke, Familienrecht, 10. Auflage, München-Berlin 1962
- Beitzke, Der Umfang der Schlüsselgewalt bei Abwesenheit des Ehemannes, DRZ 1949, 104
- Beitzke, Wer schuldet das Arzthonorar für die Behandlung einer Ehefrau? MDR 1951, 262
- Berger, Das Gleichberechtigungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland und seine Bedeutung für Österreich, FamRZ 1961, 89
- Bergter, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau im deutschen und schweizerischen Recht, Diss., Leipzig 1927
- Berner Kommentar zum schweizerischen Familienrecht, hrsg. von Becker, Band II 1. Abteilung: Eherecht, bearbeitet von Lemp, Bern 1954 ff.
- Bertzel, Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn AcP 158, 107 ff.
- Bertzel, Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn NJW 1962, 2280 ff.
- Boehmer, Schadensersatzansprüche wegen Verletzung oder Tötung des in Haushalt oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten, FamRZ 1960, 173
- Bochmer, Die Teilreform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juli 1957 und das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. August 1961, Tübingen 1962
- Bosch, Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 29. Juli 1959, FamRZ 1959, 406
- Boutard, Les pouvoirs ménagers de la femme mariée, Paris 1947
- Braunschweig, Die Schlüsselgewalt nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1946
- Brückmann, Die Ansprüche des Arztes aus ärztlicher Behandlung der Ehefrau, JW 06, 76
- Colin & Capitant, Traité de Droit Civil, Refondu par Julliot de la Morandière I, Paris 1957
- Dalloz, Répertoire de Droit Civil, Paris 1951 ff.
- Dernburg, Das bürgerliche Recht, Band IV Familienrecht, 3. Auflage, Halle 1907
- Dettmer, Die Ausschließung und Beschränkung der Schlüsselgewalt, Diss., Göttingen 1930
- Dölle, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, JZ 1953, 353
- Döring, Schlüsselgewalt und Arzthonorar, FamRZ 1958, 358 ff.
- Dreising, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau, Diss., Köln 1933
- Dreyer, Wann endigt die Schlüsselgewalt? Recht 1901, 307 ff.
- Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Band II 2, 2. Auflage bearbeitet von Ehrenzweig, Wien 1937

- Eißer, Die Anerkennung der Ehefrau im neuen Familienrecht, FamRZ 1959, 177 ff.
- Ennecerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I 15. Bearbeitung von Nipperdey Tübingen 1959, 60, Band IV 7. Bearbeitung von Wolff Marburg 1931
- Ermann, Handkommentar zum BGB, 3. Auflage, Münster 1962
- Ermann, Gleichberechtigungsgesetz, Münster 1958
- Fabian, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau, Diss., Greifswald 1918
- Fabricius, Die Zweckbindung des Wirtschaftsgeldes (§ 1360a II 2 BGB) als Grundlage einer sozialrechtlichen Deutung des § 1357 BGB, FamRZ 1963, 112 ff.
- Fahr, Die Neuregelung der Schlüsselgewalt durch das Gleichberechtigungsgesetz, Bielefeld 1962
- Feist, Die Tätigkeit der Frau in der ehelichen Haus- und Berufsgemeinschaft im Rahmen des § 1356 BGB, Diss., Marburg 1906
- Ganse, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach dem BGB, ihre Wirkung, ihre Voraussetzungen und ihr Umfang, Diss., Breslau 1928
- Geilenkirchen, Die Wirkung des Getrenntlebens der Ehegatten auf die Schlüsselgewalt der Frau, Diss., Würzburg 1934
- Gernhuber, Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, FamRZ 1958, 243 ff.
- Gernhuber, Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1959, 465 ff.
- Gerold, Ehegesetz, Stuttgart und Köln 1950
- v. Godin, Ehegesetz, 2. Auflage, Berlin 1950
- Goldmann, Besteht die Schlüsselgewalt weiter, wenn die Eheleute getrennt leben? DJZ 1907, 419 ff.
- Hagemeyer, Das Familienrecht seit dem 1. April 1953, NJW 1953, 601 ff.
- Hansen, die Schlüsselgewalt im neuen Familienrecht, Diss., München 1961
- Heesen, Haftung der Ehefrau für das Arzthonorar, MDR 1948, 238 f.
- Hoffmann-Stephan, Ehegesetz, Kommentar, München und Berlin 1950
- Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft, Halle 1912
- Josef, Die Ausschließung der Schlüsselgewalt im Lichte der Praxis, Recht 1908, 441 ff.
- Kainz, Fortbestehen und Umfang der Schlüsselgewalt nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, Diss., Breslau 1923
- Kapfer, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, Wien 1960
- Keidel, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Handausgabe, 7. Auflage, München-Berlin 1959
- Kipp (Karl Theodor), Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt, Berlin 1928
- Kipp (Theodor), Über Doppelwirkungen im Recht, Festgabe für v. Martitz, Berlin 1911, S. 211 ff.
- Klantschmann, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Auflage, Wien 1933; 2. Auflage Wien 1954
- Klingshirn, Die Schlüsselgewalt, Diss., München 1951
- Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, München-Berlin 1958
- Lagrange, de, La femme mariée abandonnée, D. 1957 Chronique 215
- Lehmann, Deutsches Familienrecht, 2. Auflage, Berlin 1948

- Mannheim, Bestehen und Umfang der Schlüsselgewalt bei Getrennt-leben, Diss., Breslau 1923
- Marchtaler, von, Das Recht auf Lebensgemeinschaft, Stuttgart 1932
- Marino, di, La séparation de fait des époux, Aix en Provence 1957
- Marty & Raynaud, Droit Civil, Band I Paris 1956
- Maßfeller - Reinicke, Das Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, Köln-Berlin 1958
- Maurer, Probleme der modernen Schlüsselgewalt, Diss., Hamburg 1959
- Menzel, Das Verhältnis der Schlüsselgewalt zur häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, 13, S. 609 ff.
- Meyer, Die Schlüsselgewalt der Frau in rechtsvergleichender Darstellung, Diss., Leipzig 1928
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Band IV Familienrecht, Berlin-Leipzig 1888
- Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955 (VR)
- Müller-Freienfels, Zur heutigen „Schlüsselgewalt“ in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, Band I S. 388 ff. (SG)
- Müller-Freienfels, Ehe und Recht, Tübingen 1962 (Ehe)
- Nolde, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau insbesondere bei getrennt lebenden Ehegatten, Diss., Marburg 1933
- Opet-Blume, Das Familienrecht des BGB, Berlin 1906
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Auflage 1963
- Peterseim, Die Schlüsselgewalt im neuen Familienrecht, Diss., Bonn 1956
- Peterseim, Schlüsselgewalt und Gleichberechtigung, FamRZ 1956, 169
- Pfyffer von Altishofen, Die Wirkungen der Ehetrennung nach dem ZGB, Diss., Luzern 1949
- Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von, Band IV 3. Aufl., Berlin 1906
- Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, AcP 75, 327 ff.
- Planiol-Ripert, Traité élémentaire de Droit Civil, 3. Auflage Band II hrsg. von Boulanger, Paris 1946
- Planiol-Ripert, Traité pratique de Droit Civil Français, 2. Auflage Band II hrsg. von Rouast, Paris 1952
- RGRKomm, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Band 4 9. Auflage, Berlin 1940; 10./11. Auflage, Berlin 1960
- Rosenberg, Die Beweislast, 4. Auflage München-Berlin 1956
- Rosenfeld, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau, Berlin 1900
- Scheffler, Ehe und Familie, in: Die Grundrechte Bd. 1 hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Berlin 1960, S. 245 ff.
- Schlosser, Inanspruchnahme des Mannes aus nicht-rechtsgeschäftlichem Verhalten der Ehefrau im Haushalt, FamRZ 1961, 287 ff.
- Schwind, Kommentar zum österreichischen Eherecht, Wien 1951
- Seefeld, v., Das Recht der Ehefrau aus § 1357 BGB, dargestellt unter Berücksichtigung des italienischen Rechtes, Diss., Göttingen 1930
- Seeler, v., Vollmacht und Scheinvollmacht, Archiv für Bürgerliches Recht 28, 1 ff.
- Siebert, Die Ansprüche des Arztes aus ärztlicher Behandlung der Ehefrau, JW 1930, 1562 ff.

- Siméon-David, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Bd., 16. Aufl.
bearbeitet von Hafner und Roemer, Köln und Berlin 1956
- Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage hrsg. von Siebert Band
IV, Stuttgart 1963
- Steiniger, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau im deutschen und fran-
zösischen Recht, Diss., Marburg 1930
- Staudinger, von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band II Recht der Schuldverhältnisse Teil 1 b
11. Auflage hrsg. von Weber, Berlin 1961
Band IV Familienrecht Teil 1 9. Auflage hrsg. von Keidel,
Berlin-Leipzig 1926
- Strübe, Die Beschränkung der Schlüsselgewalt, ZBIFG 6, 168 ff.
- Thiele, Miteigentumserwerb der Ehegatten an dem während der Ehe
angeschafften Hausrat, FamRZ 1958, 115 ff.
- Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 6. Auflage, Zürich 1953
- Warneyer, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 10. Auflage, Berlin 1942
- Wasmuth, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach deutschem und öster-
reichischem Recht, Diss., Heidelberg 1937
- Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen
Recht, Wien 1906
- Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft, Archiv
für bürgerliches Recht 26, 54 ff.
- Wieruszowski, Handbuch des Eherechtes, Düsseldorf Band I 1900,
Band II 1904
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar)
hrsg. von Egger u.a., Band I, 1 Eherecht, 2. Auflage hrsg. von Egger,
Zürich 1936
- Zust von Sursee, Der gutgläubige Verkehr im ehelichen Güter-
recht, Diss., Freiburg i/Ue. 1928

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

Archiv für Bürgerliches Recht	
Archiv für die civilistische Praxis	(AcP)
Der Betrieb	
Der Betriebsberater	(BB)
Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen	(BGHZ)
Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	(BVerfGE)
Recueil Dalloz	(D)
Dalloz Recueil périodique et critique	(DP)
Deutsche Juristenzeitung	(DJZ)
Deutsche Rechtszeitschrift	(DRZ)
Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht	(FamRZ)
Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k.k. obersten Gerichtshofes	(GIU)
Gruchots Beiträge	(Gruchot)
Höchststrichterliche Rechtsprechung	(HRR)
Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	(JFG)
Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen	(JMBlnRW)
Juristische Wochenschrift	(JW)
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	(KGJ)
Monatsschrift für deutsches Recht	(MDR)
Neue Juristische Wochenschrift	(NJW)
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	(OLG)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	(RGZ)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen	(RGSt)
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, hrsg. vom Reichsjustizamt	(RJA)
Semaine Juridique	(Sem.Jur.)
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte	(SeuffA)
Schweizerische Juristenzeitung	(SJZ)
Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Justiz- und Justizverwaltungssachen	(SZ)
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts	(Warn.)
Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit	(ZBIFG)
Blätter für Zürcherische Rechtsprechung	(ZR)

Lebenslauf

Am 24. 9. 1931 wurde ich als zweites von fünf Kindern des am 12. 2. 1945 gefallenen Dr. phil. habil. Ewald Volhard und seiner Ehefrau Margarete geb. Hoffmann in Frankfurt a. M. geboren. Ich besuchte seit 1937 die Schwanthaler-Schule in Frankfurt a. M., während des Krieges und danach verschiedene Schulen in Frankfurt a. M. und Masserberg i./Thür. Seit Mai 1947 besuchte ich die Schule Birklehof in Hinterzarten i./Schw.. Dort bestand ich die Reifeprüfung im März 1952. Das juristische Studium nahm ich im Sommersemester 1952 an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt a. M. auf. Ich nahm an Seminaren der Professoren Dr. Coing, Dr. Kronstein und Dr. Dr. Müller-Freienfels teil. Die erste Staatsprüfung bestand ich am 28. Juli 1958. Den juristischen Vorbereitungsdienst leistete ich im Bezirk des Oberlandesgerichtes in Frankfurt a. M. ab. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 1. 2. 1963. Vom 1. 2. 1963 bis 31. 1. 1964 war ich wissenschaftlicher Assistent an der Universität, heute bin ich Rechtsanwalt in Frankfurt a. M.

